# «Preferred Freedoms» Das Verhältnis der Meinungsäusserungsfreiheit zu den anderen Grundrechten

*Eine rechtsvergleichende Darstellung der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court und des Schweizerischen Bundesgerichtes*

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Christoph Stalder

von Lützelflüh BE

~~1977~~ 1976

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548103_0009

# «Preferred Freedoms» Das Verhältnis der Meinungsäusserungsfreiheit zu den anderen Grundrechten

*Eine rechtsvergleichende Darstellung der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court und des Schweizerischen Bundesgerichtes*

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von


## Christoph Stalder

von Lützelflüh BE



1977

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 22. Januar 1976 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. J. P. Müller als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 447 der Reihe

**Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR**

begründet von †Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt von †Prof. Dr. Theo Guhl, herausgegeben von Dr. Hans Merz, Professor der Rechte an der Universität Bern.

©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1977
Elektronisch gesteuerter Filmsatz, Offsetdruck und Buchbinderarbeit Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

# Inhaltsverzeichnis

## 1. Kapitel: Die Verfassungsgrundlagen der Meinungsäusserungsfreiheit in den USA und in der Schweiz


**1. Abschnitt: Die Verfassungsgarantien** ..... 11

1. Der Inhalt der Meinungsäusserungsfreiheit ..... 11
2. Der Verfassungstext ..... 14
3. Ergänzungen des Grundrechtskataloges ..... 16
   a) Durch Verfassungsänderungen ..... 16
   b) Durch die gliedstaatlichen Verfassungen ..... 17
   c) Durch das Privatrecht ..... 17
4. Insbesondere die Ergänzung des Grundrechtskataloges durch ungeschriebenes Verfassungsrecht ..... 18
   a) In den Vereinigten Staaten ..... 18
   b) In der Schweiz ..... 20
5. Ergebnis: Die Garantiemöglichkeiten der Meinungsäusserungsfreiheit ..... 22
6. Anhang: Der verfassungsrechtliche Schutz von Meinungsäusserungen kommerziellen Inhalts ..... 22

**2. Abschnitt: Der Schutzumfang der freien Meinungsäusserung, insbesondere das Verhältnis zwischen dem First und dem Fourteenth Amendment** ..... 23

1. Die möglichen Eingriffe ..... 23
2. Die Schaffung des First Amendment ..... 23
3. Die Einführung des Fourteenth Amendment ..... 26
4. Die Anwendung des First Amendment gegenüber den States ..... 27
5. Die neueren Theorien über das Verhältnis zwischen First und Fourteenth Amendment .. 29
   a) Selektive Inkorporation ..... 29
   b) Totale Inkorporation ..... 30
   c) Totale Inkorporation «plus» ..... 30
   d) Die Anerkennung fundamentaler Grundsätze ..... 31
   e) Die «Two Tier»-Theorie ..... 32
   f) Ergebnis ..... 32
6. State Action – Drittwirkung von Grundrechten ..... 33


## 2. Kapitel: Supreme Court und First Amendment


**1. Abschnitt: Die Normenkontrolle durch den Supreme Court** ..... 37

1. Der Grundsatz ..... 37
2. Einschränkungen der Normenkontrolle ..... 39
3. Der Umfang der Normenkontrolle ..... 40
   a) Die Passivisten (Das Prinzip des Judicial Restraint) ..... 41
   b) Die Aktivisten ..... 42
   c) Der Einfluss des einzelnen Richters ..... 42
   d) Weitere Faktoren, die die Rechtsprechung des Supreme Court beeinflussen ..... 44

**2. Abschnitt: Die das First Amendment betreffenden Auslegungsregeln des Supreme Court** .... 45

1. Die Entstehung der Auslegungshilfen .... 45
2. Der «Clear and Present Danger»-Test (CPD-Test) .... 46
3. Die Theorien des absoluten Schutzes .... 51
   a) Der Absolutismus von Justice Black .... 51
   b) Alexander Meiklejohns Theorie .... 54
   c) Die «Full Protection Theory» von T. I. Emerson .... 56
4. Die Wertabwägungstheorien – Balancing of Interests .... 59
   a) Das ad hoc Balancing .... 59
   b) «Definitional Balancing» .... 63
5. Weitere Theorien .... 64
   a) Bad Tendency oder Spark Test .... 64
   b) Clear and Probable Danger-Test (Vinson/Hand-Formula) .... 65
   c) Die Two Level-Theorie .... 67
6. Ergebnis: Die Bedeutung der Auslegungsregeln .... 68

## 3. Kapitel: Die «Preferred Freedoms»-Doktrin

**1. Abschnitt: Die Grundaussage** .... 69

**2. Abschnitt: Die geschichtliche Entwicklung der «Preferred Freedoms»-Doktrin** .... 70

1. Ideelle Grundrechte als Hauptaugenmerk des Supreme Court .... 70
2. Die Anfänge der «Preferred Freedoms»-Doktrin .... 71
   a) Die wachsende Bedeutung der freien Meinungsäusserung .... 71
   b) Justice Stone und die «Carolene Products»-Fussnote .... 72
3. Die First Amendment-Rechte als «Preferred Freedoms» (ab 1943) .... 73
4. Die Ablehnung der «Preferred Freedoms»-Doktrin durch den Supreme Court nach 1949 78
5. Das seitherige Schicksal der «Preferred Freedoms»-Theorie .... 80

**3. Abschnitt: Die Gründe für eine «Preferred Position» der Grundrechte des First Amendment** 82

1. Formale Gründe .... 82
   a) Die Stellung in der Bill of Rights .... 82
   b) Die Absolutheit der Formulierung .... 83
2. Materielle Gründe .... 84
   a) Die Notwendigkeit einer Wertordnung unter den Grundrechten .... 84
   b) Die Bedeutung der freien Meinungsäusserung für den demokratischen Staat .... 85
   c) Die fehlende Durchsetzbarkeit in den politischen Entscheidungsgremien .... 86
   d) Die Empfindsamkeit für die Bedürfnisse des freien Meinungsaustausches .... 87
   e) Die sogenannte «gefühlsmässige» Rechtfertigung der «Preferred Position» .... 89

**4. Abschnitt: Die Elemente der «Preferred Freedoms»-Doktrin** .... 89

1. Die Einschränkung der Vermutung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen .... 90
2. Die präzise Umschreibung gesetzlicher Erlasse .... 91
3. Das Verbot präventiver Eingriffe .... 93
4. Die Durchsetzung gegenüber den States .... 94
5. Die Ausdehnung des State Action-Begriffes .... 94
6. Die Erleichterung des «Standing to Sue» .... 96
7. Prozessuale Garantien zugunsten des First Amendment .... 97

**5. Abschnitt: Das Verhältnis der «Preferred Freedoms»-Doktrin zu den andern das First Amendment betreffenden Auslegungsregeln** ..... 98

1. Das Verhältnis zum CPD-Test ..... 98
2. «Preferred Position» und «Balancing of Interests» ..... 100
3. «Preferred Position» und Absolutismus ..... 102
4. «Preferred Position» und die weiteren vom Supreme Court verwendeten Auslegungsregeln 103

**6. Abschnitt: Besteht eine Rangordnung unter den Grundrechten des First Amendment?** ..... 104

1. Der behauptete Vorrang für die freie Religionsausübung ..... 104
   a) Die Thesen von Saladin und Pfeffer ..... 104
   b) Die Haltung des Supreme Court ..... 106
2. Die unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Ausdrucksformen ..... 110
   a) Allgemeines ..... 110
   b) Der Film als geschützte Ausdrucksform ..... 111
   c) Radio und Fernsehen und First Amendment ..... 113
3. Die Konkurrenz von First Amendment-Ansprüchen ..... 114
   a) Radio- und Fernsehstationen gegen Hörer und Zuschauer: Der Red Lion Case ..... 114
   b) Die Verneinung des Antwortrechts in der Presse: Miami Herald v. Tornillo ..... 116
   c) Meinung des Vereins – Meinung des Mitgliedes: Der Street- und der Lathrop-Case ... 117

**7. Abschnitt: «Preferred Freedoms»: Versuch einer Würdigung** ..... 119

## 4. Kapitel: «Preferred Freedoms» in der Schweiz?

Vorbemerkung ..... 122

**1. Abschnitt: Die Einführung und Entwicklung der ideellen Grundrechte in der Schweiz** ..... 122

**2. Abschnitt: Tendenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den ideellen Grundrechten** 124

1. Die frühe Rechtsprechung ..... 124
2. Die neuere Rechtsprechung ..... 125
3. Die Entwicklung seit 1960 ..... 126
   a) Allgemeines ..... 126
   b) Der Entscheid Aleinick, BGE *96* I 586 ..... 128
   c) Der Strassentheater-Fall: Komitee für Indochina c. Zug, BGE *100* Ia 392 ..... 130

**3. Abschnitt: Die schweizerische Lehre und die «Preferred Freedoms»-Doktrin** ..... 132

1. Ideelle Grundrechte und Polizeiklausel ..... 132
2. Die Forderung nach Anerkennung von «Preferred Freedoms» ..... 133

**4. Abschnitt: Die Elemente der «Preferred Freedoms»-Doktrin und die schweizerische Rechtsprechung** ..... 135

1. Die Einschränkung der Vermutung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen ..... 135
2. Die präzise Umschreibung gesetzlicher Erlasse ..... 136
3. Das Verbot präventiver Eingriffe ..... 137
4. Die Durchsetzung gegenüber den Gliedstaaten ..... 138

5. Die Ausdehnung des State Action-Begriffes ..... 139
6. Die Erleichterung des Standing to Sue ..... 139
7. Andere prozessuale Garantien zugunsten der ideellen Grundrechte ..... 140

**5. Abschnitt: Die Notwendigkeit von «Preferred Freedoms» in der Schweiz** ..... 141

1. Die fehlende Durchsetzbarkeit in den politischen Entscheidungsgremien ..... 141
2. Die Empfindsamkeit für die Bedürfnisse des freien Meinungsaustausches ..... 142

5. Kapitel: Einzelfragen: Freie Meinungsäusserung und konkurrierende Werte in der Verfassungsrechtsprechung der USA und der Schweiz

Vorbemerkung ..... 144

**1. Abschnitt: Freie Meinungsäusserung und Eigentumsgarantie** ..... 144

1. Demonstrationen auf öffentlichen Strassen ..... 144
2. Veranstaltungen auf privatem Grund und Boden ..... 146
   a) Die schweizerische Rechtsprechung ..... 146
   b) Die amerikanische Praxis ..... 146

**2. Abschnitt: Freie Meinungsäusserung und staatliche Rechtspflege: Kein Recht des Journalisten, seine Informationsquellen geheimzuhalten** ..... 150

**3. Abschnitt: Freie Meinungsäusserung und staatliche Sicherheit: Kritik in der Armee, Kritik der Armee** ..... 152

1. Allgemeines ..... 152
2. Der Umfang des Kritikrechts in den USA ..... 152
3. Kritik der Armee in der Schweiz ..... 154

**4. Abschnitt: Freie Meinungsäusserung und öffentliche Sittlichkeit** ..... 155

1. Äusserungen, die nicht unter den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit fallen ..... 155
2. Das Verbot unzüchtiger Veröffentlichungen ..... 157
   a) Allgemeines ..... 157
   b) Die Haltung des Bundesgerichtes ..... 158
   c) Die Rechtsprechung des Supreme Court ..... 159
   d) Kritik ..... 160

Schlussbemerkungen ..... 162

Summary ..... 163

# Literaturverzeichnis

*1. Amerikanische Literatur*


Abraham H. J., Freedom and the Court, 2. Aufl., New York 1972.

Alfange D., Free Speech and Symbolic Conduct: The Draft-Card Burning Case, The Supreme Court Review *1968* 1 ff.

Antieau Ch. J., «Clear and Present Danger» – Its Meaning and Significance, Notre Dame Lawyer *25* (1949/50) 603 ff. (Clear and Present Danger).

– Modern Constitutional Law, 2 Bände, Rochester, N. Y., 1969 (Constitutional Law).

Barron J. A., Access to the Press – A New First Amendment Right, Harvard Law Review *80* (1966/67) 1631 ff.

Berns W., Freedom, Virtue and the First Amendment, Gateway Ed., Chicago, Ill., 1965 (Virtue).

– Freedom of the Press and the Alien and Sedition Laws: A Reappraisal, The Supreme Court Review *1970* 109 ff. (Sedition Laws).

Black Ch. L., Perspectives in Constitutional Law, 2. Aufl., Englewood Cliffs, N. J., 1970.

Black H. L., The Bill of Rights and the Federal Government, in: The Great Rights, 41 ff. (Bill of Rights).

Black H. L./Cahn E., Justice Black and First Amendment «Absolutes»: A Public Interview, N. Y. U. Law Review *37* (1962) 549 ff. (Public Interview).

Bok C., Censorship and the Arts, in: Civil Liberties Under Attack, Philadelphia, Pa., 1951.

Bork R. H., Neutral Principles and Some First Amendment Problems, Indiana Law Review *47* (1971) 1 ff.

Brant I., The Madison Heritage, in: The Great Rights, 13 ff.

Brennan W. J., The Bill of Rights and the States, in: The Great Rights, 65 ff. (Bill of Rights).

– The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment, Harvard Law Review *79* (1965/66) 1 ff. (Meiklejohn Interpretation).

Cahn E., The Firstness of the First Amendment, Yale Law Journal *65* (1955/56) 464 (Firstness).

Cahn E. (Editor), The Great Rights, New York 1963.

Carr R. K., Die Grundrechte in den Vereinigten Staaten, in: Bettermann/Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte, Band I/2, Berlin usw. 1967, 873 ff.

Castberg F., Freedom of Speech in the West, New York 1960.

Chafee Z., Investigations of Radicalism and Laws against Subversion, in: Civil Liberties under Attack, Philadelphia, Pa., 1951 (Investigations).

– Free Speech in the United States, 3. Aufl., Cambridge, Mass., 1964 (Free Speech).

Corwin E. S., Bowing out «Clear and Present Danger», Notre Dame Lawyer *27* (1951/52) 325 ff.

Countryman V., Why a State Bill of Rights?, Washington Law Review *45* (1970) 453 ff.

Decker R. G., Justice Hugo L. Black: The Balancer of Absolutes, California Law Review *59* (1971) 1335 ff.

Douglas W. O., The Right of the People, Garden City, N. Y., 1958 (Right of the People).

– The Bill of Rights is not Enough, in: The Great Rights, 115 ff. (Bill of Rights).

– The Anatomy of Liberty, New York 1963 (Anatomy of Liberty).

Emerson T. I., Freedom of Association and Freedom of Expression, Yale Law Yournal *74* (1964/65) 1 ff. (Freedom of Association).

– Toward A General Theory of the First Amendment, 2. Aufl., New York 1966 (General Theory).

– The System of Freedom of Expression, Vintage Books Ed., New York 1971 (System).

Fellmann D., Constitutional Rights of Association, in: The Supreme Court Review *1961* 74 ff.

Frankfurter F., Memorandum on «Incorporation» of the Bill of Rights into the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, Harvard Law Review *78* (1964/65) 746 ff.

Frantz L. B., The First Amendment in the Balance, Yale Law Journal *71* (1961/62) 1424 ff.

Gellhorn W., American Rights, 4. Aufl., New York 1963.

GREEN J. R., The Supreme Court, the Bill of Rights and the States, University of Pennsylvania Law Review *97* (1948/49) 608 ff.
HALL J. P., Free Speech in War Time, Columbia Law Review *21* (1921) 526 ff.
HAND L., The Bill of Rights, 5. Aufl., Cambridge, Mass., 1967.
HENKIN L., Morals and the Constitution: The Sin of Obscenity, Columbia Law Review *63* (1963) 391 ff. (Sin of Obscenity).
– The Right to Know and the Duty to Withhold: The Case of the Pentagon Papers, Pennsylvania Law Review *120* (1971) 271 ff. (Pentagon Papers).
HEYMAN I. M., Civil Rights 1964 Term: Responses to Direct Action, in: The Supreme Court Review *1965* 159 ff.
HOOK S., Heresy, Yes – Conspiracy, No. in: E. S. NEWMAN, The Freedom Reader, 2. Aufl., Dobbs Ferry, N. Y., 1963, 54 ff.
JOHNSON N., How to Talk Back to Your Television Set, 2. Aufl., Boston 1970.
KALVEN H., Mr. Alexander Meiklejohn and the Barenblatt Opinion, University of Chicago Law Review *27* (1959/60) 315 ff. (Alexander Meiklejohn).
– The Metaphysics of the Law of Obscenity, in: The Supreme Court Review *1960* 1 ff. (Law of Obscenity).
– The New York Times Case: A Note on «The Central Meaning of the First Amendment», in: The Supreme Court Review *1964* 191 ff. (New York Times Case).
– The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana, in: The Supreme Court Review *1965* 1 ff. (Public Forum).
– The Negro and the First Amendment, Chicago, Ill., 1965, Phoenix Ed. 1966 (Negro).
– The Reasonable Man and the First Amendment: Hill, Butts and Walker, in: The Supreme Court Review *1967* 267 ff. (The Reasonable Man).
– «Uninhibited, Robust, and Wide-Open» – A Note on Free Speech and the Warren Court, Michigan Law Review *67* (1968/69) 289 ff. (Warren Court).
– Even When a Nation is at War, Harvard Law Review *85* (1971/72) 3 ff. (Nation at War).
KARST K. L., The First Amendment and Harry Kalven: An Appreciate Comment on the Advantages of Thinking Small, UCLA Law Review *13* (1965/66) 1 ff.
KAUFMAN I. R., The Medium, the Message and the First Amendment, N. Y. U. Law Review *45* (1970) 761 ff.
KAUPER P., Civil Liberties and the Constitution, Ann Arbor, Mich., 1962.
KONVITZ M. R., Fundamental Liberties of a Free People: Religion, Speech, Press, Assembly, 3. Aufl., Ithaca, N. Y., 1963 (Fundamental Liberties).
– Expanding Liberties, New York 1966 (Expanding Liberties).
KRISLOV S., The Supreme Court and Political Freedom, New York 1968.
KURLAND P. B., Enter the Burger Court: The Constitutional Business of the Supreme Court, October Term 1969, in: The Supreme Court Review *1970* 1 ff.
LEVY L. W., Jefferson & Civil Liberties, Cambridge, Mass. 1963 (Jefferson).
– Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History, New York 1963 (Suppression).
LOCKHART W. B./MCCLURE R. C., Literature, the Law of Obscenity, and the Constitution, Minnesota Law Review *38* (1954) 295 ff. (Law of Obscenity).
– Censorship of Obscenity: The Developing Constitutional Standards, Minnesota Law Review *45* (1961) 5 ff. (Censorship).
MACKENZIE J. P., The Warren Court and the Press, Michigan Law Review *67* (1968/69) 303 ff.
MCCLOSKEY R. G., The American Supreme Court, Chicago, Ill., 1960.
MCKAY R. B., The Preference for Freedom, N. Y. U. Law Review *34* (1959) 1182 ff.
MAGRATH C. P., The Obscenity Cases: Grapes of Roth, in: The Supreme Court Review *1966* 7 ff.
MASON A. T., The Core of Free Government, 1938–1940: Mr. Justice Stone and «Preferred Freedoms», Yale Law Journal *65* (1956) 597 ff.
MEIKLEJOHN A., What Does the First Amendment Mean?, University of Chicago Law Review *20* (1952/53) 461 ff. (First Amendment).

– The First Amendment is an Absolute, in: The Supreme Court Review *1961* 245 ff. (Absolute).
– Free Speech and its Relation to Self-Government, in: Political Freedom, New York 1965, 3 ff. (Self-Government).
Mendelson W., On the Meaning of the First Amendment: Absolutes in the Balance, California Law Review *50* (1962) 821 ff.
Nimmer M. B., The Right to Speak from «Times» to «Time»: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy, California Law Review *56* (1968) 935 ff.
Norris H., Mr. Justice Murphy and the Bill of Rights, Dobbs Ferry, N. Y., 1965.
Pfeffer L., The Supremacy of Free Exercise, Georgetown Law Journal *61* (1973) 1115 ff.
Redish M. H., The First Amendment in the Marketplace: Commercial Speech and the Value of Free Expression, George Washington University Law Review *39* (1971) 429 ff.
Reich C. A., Mr. Justice Black and the Living Constitution, Harvard Law Review *76* (1962/63) 673 ff.
Richardson E. L., Freedom of Expression and the Function of Courts, Harvard Law Review *65* (1951/52) 1 ff.
Saladin P., Relative Ranking of the Preferred Freedoms: Religion and Speech, in: Religion and the Public Order 1964, 149 ff. (Relative Ranking).
Shapiro M., Judicial Modesty, Political Reality, and Preferred Position, Cornell Law Quarterly *47* (1961/62) 175 ff. (Judicial Modesty).
– Freedom of Speech, Englewood Cliffs, N. J., 1966 (Freedom of Speech).
– Obscenity Law: A Public Policy Analysis, Journal of Public Law, Emory University *20* (1971) 503 ff. (Obscenity Law).
Strong F. R., Fifty Years of «Clear and Present Danger»: From Schenck to Brandenburg – and beyond, in: The Supreme Court Review *1969* 41 ff.
Vagts D. F., Free Speech in the Armed Forces, Columbia Law Review *57* (1957) 187 ff.
Warren E., The Bill of Rights and the Military, in: The Great Rights, 87 ff.
Wright C. A., Handbook of the Law of Federal Courts, 2. Aufl., St. Paul, Minn., 1970.

*2. Europäische Literatur*

Abderhalden E., Die Vereinsfreiheit im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. Bern 1938.
Aubert J.-F., Traité de droit constitutionnel suisse, 2 Bände, Neuenburg 1967 (Traité).
– La liberté d'opinion, ZSR *92* I (1973) 429 ff. (Liberté d'opinion).
Barrelet D., La liberté d'information, Diss. Neuenburg 1973.
Baumann A., Die rechtlichen Grundlagen des Programmdienstes im schweizerischen Rundspruch- und Fernsehwesen unter besonderer Berücksichtigung der Radiofreiheit, Diss. Zürich 1957.
Bäumlin R., Die rechtsstaatliche Demokratie, Diss. Bern, Zürich 1954 (Demokratie).
– Was lässt sich von einer Totalrevision erwarten?, ZSR *87* I (1968) 377 ff. (Totalrevision).
Bosshart J., Demonstrationen auf öffentlichem Grund, Diss. Zürich 1973.
Bumbacher J. A., Die öffentliche Ordnung Eine Schranke der Freiheitsrechte, Diss. Zürich, Winterthur 1956.
Burckhardt W., Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931 (Kommentar).
– Staatliche Autorität und geistige Freiheit, Zürich 1936 (Staatliche Autorität).
Demonstration und Strassenverkehr, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 54, Köln usw. 1970.
Favre A., L'évolution des droits individuels de la Constitution, ZSR *55* (1936) 291 a ff. (Evolution).
– Aspects divers de la revision, ZSR *87* I (1968) 457 ff. (Aspects).
– Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Freiburg i. Ue. 1970 (Droit constitutionnel).
Feldmann M., Zur Reform des schweizerischen Presserechtes, ZSR *67* (1948) 1 a ff.
Fleiner F., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.

Fleiner F. Giacometti Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Nachdruck 1969.
Fleiner Th., Demokratie und Informationsfreiheit, ZSR *89* I (1970) 375ff.
Frey U.P., Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den anderen Freiheitsrechten, Diss. Zürich, Winterthur 1965.
Giacometti Z., Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich 1941 (Staatsrecht).
– Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, ZSR *74* I (1955) 149ff. (Freiheitsrechtskataloge).
Grisel A., Juridiction constitutionnelle de demain, ZBl *72* (1971) 209ff. (Juridiction).
Droit public non écrit, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel usw. 1972, 139ff. (Droit public).
Grossmann R.H., Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz, Diss. Zürich 1948.
Haefliger A., Hundert Jahre Schweizerisches Bundesgericht, SJZ *71* (1975) 1ff.
Haller W., Supreme Court und Politik in den USA, Bern 1972.
Hausheer H., Rechtsgleichheit – Due Process und Equal Protection, Diss. Bern 1966.
Hoerni K., Das Versammlungsrecht in der Schweiz, Diss. Zürich, Aarau 1938.
Huber H., Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, ZSR *55* (1936) 1aff. (Garantie).
– Grundrechte und Polizeigewalt, ZBl *53* (1952) 233ff. (Polizeigewalt).
– Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR *74* I (1955) 173ff. (Rechtsgenossen).
– Die Grundrechte in der Schweiz, in: Bettermann/Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte, Band I/1, Berlin 1966 (Grundrechte).
– Die persönliche Freiheit, SJZ *69* (1973) 113ff. (Persönliche Freiheit).
Korner H., Das Recht der freien Meinungsäusserung, Diss. Freiburg i. Ue. 1937.
Lang B., Pressefreiheit und Handels- und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich 1970.
Loewenstein C., Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin usw. 1959.
Marti H., Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950.
Morant Ch.-A., Tendances récentes dans le domaine de la liberté d'expression, Douzaine journée juridique, Genf 1973, 23ff.
Müller J.P., Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964 (Persönlichkeitsschutz).
– Bemerkungen zur schweizerischen Rechtsprechung des Jahres 1971, ZSR *91* I (1972) 209ff. (Bemerkungen).
– Soziale Grundrechte in der Verfassung?, ZSR *92* II (1973) 687ff. (Soziale Grundrechte).
Nef H., Die Wertordnung der Schweizerischen Bundesverfassung (Eine Skizze), in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1961.
Perret J.-D., La liberté d'opinion face à l'Etat, Diss. Neuenburg 1968.
Rhinow R., Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, ZBl *70*/1969 225ff.
Ruck E., Schweizerisches Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 1957.
Saladin P., Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung, ZSR *87* I (1968) 531ff. (Funktion).
– Grundrechte im Wandel, 2. Aufl., Bern 1975 (Grundrechte).
Scheuner U., Pressefreiheit, in VVDStRL *23* (1965).
Wildhaber L., Professor Pfürtner und die Lehrfreiheit, ZSR *91* I (1972) 395ff.
Zippelius R., Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München usw. 1962.

# 1. Kapitel: Die Verfassungsgrundlagen der Meinungsäusserungsfreiheit in den USA und der Schweiz

## 1. Abschnitt: Die Verfassungsgarantien

### *1. Der Inhalt der Meinungsäusserungsfreiheit*

Nach der neueren Grundrechtslehre [1] besteht die Meinungsäusserungsfreiheit in ihrer Gesamtheit [2] in der Möglichkeit des Menschen, Empfindungen, Erkenntnisse und Erlebnisse, die ihm auf irgendeinem Gebiet menschlicher Gedankenwelt und Tätigkeit zuteil geworden sind, weiterzugeben, über Geschehnisse und Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens zu berichten und sich mit früher geäusserten Ansichten, mit herrschenden Dogmen und bestehenden oder geplanten Einrichtungen kritisch auseinanderzusetzen. Die Äusserung kann durch das gesprochene Wort [3] oder schriftlich erfolgen, die Schrift kann von Hand oder in einem Druck- oder Vervielfältigungsverfahren ausgefertigt sein, einmal oder periodisch erscheinen, unentgeltlich weitergereicht oder gegen Entgelt verkauft werden [4]. Die Äusserung kann sich in einer symbolischen Handlung erschöpfen [5], als Werk bildender Kunst manifest werden, als Musikstück kundgetan [6], über die Massenmedien ausgestrahlt [7] oder mit technischen

[1] W. Burckhardt, Kommentar, 508, Fleiner/Giacometti, 367f., J.-F. Aubert, Traité, Nr. 2007, A. Favre, Droit constitutionnel, 319, P. Saladin, Grundrechte, 77f.; R. Bäumlin, Demokratie, 98f., U. P. Frey, 99, 117.

T. I. Emerson, System, 3, H. J. Abraham, 145.

[2] Mit Recht spricht Emerson von einem System der Meinungsäusserungsfreiheit.

[3] «Of all forms of expression, words are the most cherished and the most suspect», C. Bok, 114.

Nicht zu unterschätzen ist die Bedeutung des Theaters und des politischen Kabaretts; vgl. Schacht v. United States, 398 U.S. 58 (1970); Frey, 120.

[4] P. Kauper, 75.

[5] Beispiele sind das Tragen einer schwarzen Armbinde zum Zeichen des Protestes gegen den Vietnamkrieg, Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969), das Schwenken einer roten Fahne, Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931), BGE *55* I 228; K. Rothenbücher, Das Recht der freien Meinungsäusserung, VVDStRL 1927, Berlin und Leipzig 1928. 9, nennt das seinerzeit in Preussen geltende Verbot, Scheunenflügel in den polnischen Nationalfarben anzustreichen.

Nach Bäumlin, Demokratie, 99, muss als Tatsache anerkannt werden, «dass im modernen Massenzeitalter das sichtbar Zeichenhafte zum wesentlichen Mittel im Meinungswettbewerb geworden ist».

Justice Jackson nannte solche Äusserungen einen «short cut from mind to mind», West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 632 (1943).

[6] Bok, 117, bemerkt, dass Musik der Zensur oft nur deshalb entgeht, weil sie nicht verstanden wird. Daraus kann geschlossen werden, dass ihre Wirksamkeit als Ausdrucksmittel für bestimmte Ideen oder Proteste eher gering zu werten ist. Anders steht es mit der Bedeutung der Musik als Ausdruck von Empfindungen und Stimmungen.

[7] A. Baumann, 145.

Hilfsmitteln als Bild oder Bildfolge projiziert werden [8]. In engem Zusammenhang mit der Meinungsäusserungsfreiheit im eigentlichen Sinn, ja derart untrennbar mit ihr verbunden, dass sie als Teil davon anzusehen sind [9], stehen diejenigen Grundrechte, die die vorübergehende oder dauernde Vereinigung oder Verbindung einer Mehrzahl von Menschen schützen, die zusammen einem Redner zuhören, diskutieren oder Beschlüsse fassen wollen [10] oder zur Überzeugung gelangt sind, dass eine wirksame Ausübung politischer Rechte und Wahrung eigener Interessen nur durch gemeinsame Anstrengungen gesichert werden kann [11]. Einen Sonderfall derartiger Verbindungen stellen Zusammenkünfte dar, in deren Verlauf Bittschriften ausgearbeitet und an die obersten Staatsorgane gerichtet werden [12]. Solche kollektive Meinungsäusserungen können ebenfalls verschiedenste Formen annehmen; ihre Spannweite reicht von religiösen Feiern bis zum gewaltsamen Aufruhr [13].

Weitere Grundrechte, die eng mit der Meinungsäusserungsfreiheit zusammenhängen, ihr bei- oder untergeordnet sind, indem sie zum Teil von ihr mitumfasst werden, zum Teil aber einen eigenen Kerngehalt besitzen, sind die Meinungsfreiheit [14], die Informationsfreiheit [15], die Lehr- [16] und die Unter-

[8] Eine etwas andere Systematik findet sich bei I. R. KAUFMAN, 775ff., der die folgenden Ausdrucksformen unterscheidet: Reine Rede (pure speech), d. h. Äusserungen ohne dazugehörige Handlungsweisen – Flugblätter – Verteilen von Traktaten von Haus zu Haus – Verbreitung von Äusserungen mit Lautsprecher – Informationstätigkeit und Paradieren von Streikposten (picketing) – Umzüge und Demonstrationen – Symbolische Protestäusserungen – Prozessführung zur Verteidigung oder Durchsetzung politischer Ideen und Rechte.

[9] Justice Rutledge in Thomas v. Collins, 323 U.S. 516, 530 (1945). Schon A. DE TOCQUEVILLE stellte in «Democracy in America» fest: «The most natural privilege of man, next to the right of acting for himself, is that of combining his exertions with those of his fellow creatures and of acting in common with them. The right of association therefore appears to me almost as inalienable as the right of personal liberty» (S. 194), zitiert bei D. FELLMANN, 77; vgl. auch T. I. EMERSON, Freedom of Association, 22.

Für die Situation in der Schweiz A. GRISEL, Juridiction, 218.

[10] BGE *61* I 36.

[11] «Freedom of Speech under the First Amendment has always meant more than the liberty of an isolated individual to talk about his ideas or put them into print. From the very beginning, freedom of speech has involved the liberty of a number of individuals to associate themselves for the advocacy of a common purpose. Thus, freedom of speech and freedom of assembly fit into each other.» Z. CHAFEE, Investigations, 76, ferner FELLMANN, 133, EMERSON, Freedom of Association, 1, I. M. HEYMAN, Direct Action, 181.

[12] So hat man sich die ersten Petitionen in England vorzustellen; EMERSON, General Theory, 10; a. M. H. KORNER, 32f.

[13] «A riot ... is the language of the unheard», sagte Martin Luther King, zitiert bei N. JOHNSON, 101.

BÄUMLIN, Demokratie, 100f. Anm. 20, befürwortet grundsätzlich die Anerkennung demonstrativer Meinungsäusserungen. Zur Demonstrationsfreiheit vgl. die Zürcher Dissertation von J. BOSSHARD, Demonstrationen auf öffentlichem Grund, 1973, ferner unten S. 144ff.

[14] Sie umfasst neben der Meinungsäusserungs- noch die Meinungsbildungsfreiheit; BGE *98* Ia 413.

[15] Sie ist als «Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Gedanken, Nachrichten und Ideen» zu verstehen, so L. WILDHABER, Lehrfreiheit, 404. Vgl. auch den Aufsatz von TH. FLEINER, Demokratie und Informationsfreiheit, und die Bemerkungen von U. SCHEUNER, 72f., über das Verhältnis von freier Meinungsäusserung und Informationsfreiheit; ferner SALADIN, Grundrechte,

richtsfreiheit [17], das Recht zu schweigen [18] sowie das Recht, nicht zuhören zu müssen [19, 20].

Die Meinungsäusserungsfreiheit fusst auf der Erkenntnis, dass keine These, keine angebliche Wahrheit so generell anerkannt ist, dass sie nicht in Frage gestellt oder zumindest diskutiert werden könnte [21] und dass gültige Aussagen und Schlüsse am ehesten aus einer Vielzahl von Meinungen gewonnen werden [22]. Die freie Meinungsäusserung wird so in die Nähe der politischen Rechte gerückt, und tatsächlich gilt die Aufgabe, die ihr bei der demokratischen Willensbildung zukommt, als ihre zentrale Funktion [23]. In diesem Zusammenhang wird ihre Doppelfunktion als Individualrecht und institutionelle Garantie sichtbar [24], wobei die erste Funktion durch die zweite bisweilen – zu Unrecht – fast verdrängt wird [25, 26]. Obwohl für den politischen Willensbildungsprozess

416, und die Neuenburger Dissertation von D. Barrelet, La liberté d'information, 1973. Zur Informationsfreiheit in den USA: Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301, 308 (1965); L. Henkin, Pentagon Papers, 271 ff.

[16] Nach Wildhaber, Lehrfreiheit, 404, «die Freiheit, seine wissenschaftlichen Erkenntnisse, Thesen und Lehren frei äussern zu dürfen und in seiner geistigen Existenz unbeeinflusst zu bleiben». Vgl. ferner Frey, 151.

[17] Neben dem Recht, im Unterricht seine Meinungen und Überzeugungen äussern zu dürfen, beinhaltet diese Freiheit das Recht, Privatschulen zu eröffnen und zu führen; Wildhaber, Lehrfreiheit, 400 f.

[18] Diesem Grundrecht kommt nach Ansicht von M. Konvitz, Fundamental Liberties, 119, eine überragende Bedeutung zu: «The freedom *not* to speak, *not* to profess beliefs, may be more important than the freedom to speak, since the *profession* of beliefs one does not maintain may do more violence to the conscience than the *failure* to express the beliefs one does maintain.» Im gleichen Sinn W. O. Douglas, Right of the People, 134, und die conc. op. von Justice Murphy in West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 645 (1943).

[19] Dieses Recht wird besonders aktuell im Zusammenhang mit dem Problem der «captive audience», der Situation, in der jemand entgegen seinem Willen einer Äusserung ausgesetzt ist. Vgl. dazu Konvitz, Expanding Liberties, 119 ff.

[20] Wie Ch.-A. Morant, 28 ff., zutreffend ausführt, sind die Fragen der Konkurrenz unter den ideellen Grundrechten jedenfalls in der Schweiz noch kaum behandelt worden.

[21] L. Hand, 57.

[22] United States v. Associated Press, 52 F. Supp. 362, 372 (die Urteilsbegründung stammt von Judge L. Hand).

[23] So Justice Holmes, diss., in Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919), Justice Brandeis, conc., in Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375 f. (1927); BGE *96* I 224; Wildhaber, Lehrfreiheit, 404.

[24] Scheuner, 74 f., J. P. Müller, Persönlichkeitsschutz, 184 f., derselbe, Soziale Grundrechte, 816, H. Huber, Grundrechte, 196.

Auch in den USA wird diese Doppelfunktion anerkannt: «The freedoms of speech, press and assembly are at one time personal and individual and yet public and national in character», H. Norris, 78 f.

[25] So etwa bei der Pressefreiheit oder bei der Radio- und Fernsehfreiheit; zum zweitgenannten, noch nicht selbständig anerkannten Grundrecht, das in Art. 36quater BV verankert werden sollte, vgl. die Diskussionsvoten von W. Geiger und H. Huber am Schweizerischen Juristentag 1968, ZSR *87* (1968) II 610 f., 631 f., ferner die Botschaft des Bundesrates vom 21. November 1973, BBl *1973* II 1231 ff. Der Verfassungsartikel ist am 26. September 1976 von Volk und Ständen abgelehnt worden.

[26] Gerhard Ridder, Meinungsfreiheit, 255 ff., hat gar versucht, die Meinungsfreiheit in eine private und eine öffentliche Meinungsfreiheit aufzuspalten, die er als voneinander unabhängige Grundrechte versteht. Diskussion und Ablehnung dieser Theorie bei Müller, Persönlichkeitsschutz, 187 f.

eminent wichtig [27], hat die Meinungsäusserungsfreiheit eine umfassendere Bedeutung: Der freie, ungehinderte Austausch von Mitteilungen und Lehrsätzen ist beispielsweise für den Wissenschafter elementares Bedürfnis und Notwendigkeit [28], und allgemein vermögen Äusserungen, seien sie besonders auf Erziehung gerichtet oder auch nur zur Unterhaltung gedacht, dem Bürger neue Erkenntnisse zu vermitteln, neue Horizonte zu öffnen und damit sein Dasein zu bereichern [29].

### *2. Der Verfassungstext*

Das First Amendment, d.h. der erste Verfassungszusatz der Verfassung der Vereinigten Staaten, hat folgenden Wortlaut:

«Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances [30].»

Die entsprechenden Garantien finden sich in der schweizerischen Bundesverfassung nicht in der gleichen, konzentrierten Form, sie sind vielmehr auf mehrere Verfassungsartikel verteilt: Art. 49 BV statuiert in Absatz 1 den Grundsatz der Unverletzlichkeit der Glaubens- und Gewissensfreiheit, qualifiziert ihn jedoch und schränkt ihn ein in den Absätzen 2–6. Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet die freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung, um in den nachfolgenden Absätzen auch diesen Grundsatz noch näher auszuführen und teilweise einzuschränken. Kurz gefasst ist Art. 55 BV:

«Die Pressfreiheit ist gewährleistet [31].»

Dieser Bestimmung folgt in Art. 56 BV die Garantie der Vereinsfreiheit:

«Die Bürger haben das Recht, Vereine zu bilden, sofern solche weder in ihrem Zweck, noch in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich sind. Über den Missbrauch dieses Rechtes trifft die Kantonalgesetzgebung die erforderlichen Bestimmungen.»

[27] Nach A. Meiklejohn gilt die Meinungsäusserungsfreiheit überhaupt nur für politische Äusserungen, vgl. unten 2. Kapitel, 2. Abschnitt 3 b; Kauper, 99, hält die politische Partei für die höchste Form eines Zusammenschlusses.

[28] W. Burckhardt, Staatliche Autorität, 10 f.

[29] W. O. Douglas, Anatomy of Liberty, 12, Z. Chafee, Free Speech, 545, ferner Winters v. New York, 333 U. S. 507 (1948).

[30] «Der Kongress darf durch Gesetz weder eine Staatsreligion einführen noch die freie Glaubensausübung untersagen; noch darf er die Rede- oder Pressefreiheit beschränken oder das Recht des Volkes, sich friedlich zu versammeln und das Recht, von der Regierung Abhilfe gegen Missstände zu verlangen.»

[31] Zur Frage, ob die früheren Absätze 2 und 3 von Art. 55 BV nach der Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches gültig aufgehoben wurden, vgl. Aubert, Traité, Nr. 2069 f.

Schliesslich wird in Art. 57 BV das Petitionsrecht gewährleistet [32].

Daraus erhellt, dass weder die Federal Constitution der USA noch die Bundesverfassung der Eidgenossenschaft das System der Meinungsäusserungsfreiheit umfassend gewährleistet, auch nicht in dem Umfang, in dem die freie Meinungsäusserung beispielsweise im Deutschland der Weimarer Republik [33] und heute in der Bundesrepublik nach Art. 5 des Bonner Grundgesetzes geschützt wurde und wird [34]. Das First Amendment garantiert wohl neben der sog. «separation clause», die in dieser Arbeit nicht weiter behandelt wird [35], in der «free exercise clause» eine allgemeine Religionsfreiheit, dazu ausdrücklich die Rede- und Pressefreiheit sowie die Versammlungsfreiheit und das Petitionsrecht; dagegen fehlt eine Gewährleistung der Vereinsfreiheit oder generell der freien Meinungsäusserung. Eine solche allgemeine Garantie suchen wir auch in der schweizerischen Bundesverfassung vergeblich [36], die die verschiedenen Formen freier Meinungsäusserung noch zurückhaltender gewährleistet als die Unionsverfassung der USA. Neben der Glaubens- und Gewissensfreiheit und der Kultusfreiheit auf der einen Seite enthält sie bloss die Garantie der Pressefreiheit und der Vereinsfreiheit. Eine umfassende Gewährleistung der Freiheit des gesprochenen Wortes fehlt genauso wie diejenige der Versammlungsfreiheit. Darüber hinaus sind bereits im Verfassungstext gewisse Einschränkungen der aufgeführten Freiheitsrechte enthalten. Selbst wenn, nach überwiegender Auffassung jedenfalls, der Katalog der Grundrechte in der Verfassung nicht lückenlos sein soll [37], sondern die einzelnen Freiheiten als «historische Grössen» (Hans Huber) lediglich bestimmt sind, spezifische Lebensbereiche punktuell zu sichern, so wäre doch eine Lückenhaftigkeit im Bereich der ideellen Grundrechte besonders zu bedauern, könnten nicht auf

[32] Zur Garantie der freien Meinungsäusserung in den States der USA und in den schweizerischen Kantonen siehe unten 1. Kapitel, 2. Abschnitt.

[33] Art. 118 Abs. 1 WV: «Jeder Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild, oder in sonstiger Weise frei zu äussern. An diesem Rechte darf ihn kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht.»

[34] Bäumlin, Demokratie, 98 Anm. 6, weist darauf hin, dass das Fehlen der Wendung «in sonstiger Weise» in Art. 5 des Grundgesetzes nicht als Einschränkung des Schutzbereichs der Meinungsäusserungsfreiheit gegenüber der Weimarer Verfassung zu verstehen ist.

[35] Die «separation clause» bildet die verfassungsrechtliche Grundlage für die in den USA absolut verstandene Trennung von Kirche und Staat. Diese ist allerdings in den letzten Jahrzehnten etwas gelockert worden, namentlich im Zusammenhang mit dem Religionsunterricht während der Schulzeit und den Steuerprivilegien für Kirchen und Religionsgemeinschaften. Vgl. Abraham, 246–287; unter vielen Entscheiden insbesondere Zorach v. Clauson, 343 U.S. 306 (1952) und Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971).

[36] BGE *55* I 226.

[37] Huber, Garantie, 5a, und Rhinow, Grundrechtskatalog, 233; dieser wendet sich entschieden gegen ein Systemdenken beim Grundrechtskatalog, da er einen Substanzverlust durch Nivellierung befürchtet. Demgegenüber spricht Müller, Persönlichkeitsschutz, 81, von einer «bedenklichen Lückenhaftigkeit des Grundrechtskatalogs der Bundesverfassung».

anderem Wege geistige Freiheiten gewährleistet werden, die in der Verfassung nicht genannt sind.

*3. Ergänzungen des Grundrechtskataloges*

a) Durch Verfassungsänderungen

Sowohl die amerikanische als auch die schweizerische Bundesverfassung stehen nachträglichen Änderungen und Ergänzungen offen[38]. In den USA erfuhr die Meinungsäusserungsfreiheit durch die Annahme des Fourteenth Amendment[39] allmählich einen grösseren Anwendungsbereich, wie noch zu zeigen sein wird[40]. Eine weitere Ergänzung in der Verfassung scheint selbst auf längere Sicht wenig wahrscheinlich. Etwas anders liegen die Verhältnisse in der Schweiz, ist doch immerhin, nach der Verwerfung eines Verfassungsartikels über Radio und Fernsehen[41], eine Revision des Presseartikels im Gang; aber gerade bei dieser Revision zeigt das bis vor kurzem eingeschlagene Arbeitstempo[42], dass eine Neufassung von Art. 55 BV nicht zu den dringendsten Aufgaben gezählt wurde – weder von den Bundesinstanzen noch vom Volk. Nun hat jedoch die Tatsache wirtschaftlicher Schwierigkeiten eines Teils der Meinungspresse die Revisionsarbeiten geradezu beflügelt, und bereits liegt ein Entwurf für einen neuen Presseartikel vor[43]. Auch die geplante Totalrevision der Bundesverfassung sieht eine Umgestaltung der Garantie der freien Meinungsäusserung vor[44].

[38] Vgl. Article V der U.S. Constitution und Art. 118–123 BV.

[39] Vom Kongress am 16. Juni 1866 genehmigt, in Kraft getreten am 23. Juli 1868 nach Erreichen der erforderlichen Zustimmung von drei Vierteln der Bundesstaaten.

[40] Unten S. 23 ff.

[41] Vgl. oben N 25.

[42] Zum mühsamen Fortgang der Revisionsarbeiten vgl. SALADIN, Grundrechte, 39 ff.

[43] Die am 16. Juni 1975 von der von Bundeskanzler Huber präsidierten Kommission vorgeschlagene Neufassung von Art. 55 BV hat folgenden Wortlaut:

«1. Die Freiheit der Meinungsbildung und der Meinungsäusserung, die Pressefreiheit und die Informationsfreiheit sind gewährleistet. Jedermann hat das Recht, Nachrichten, sonstige Informationen und Meinungen zu beschaffen, zu äussern, zu verbreiten und zu empfangen.

2. Die Behörden von Bund und Kantonen sind verpflichtet, Informationen von allgemeinem Interesse bekanntzugeben, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.

3. Vorbehalten sind die gesetzlichen Bestimmungen des Bundes gegen den Missbrauch der Meinungsfreiheit, der Pressefreiheit und der Informationsfreiheit.

4. Die Zensur ist untersagt.»

Daran schliesst ein neuer Art. 55bis BV als Presseförderungsartikel an.

[44] Die «Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung» schlägt in ihrem Schlussbericht vom 29. September 1972, veröffentlicht am 6. September 1973, folgenden Text vor:

«Jedermann hat das Recht, sich seine Meinung frei zu bilden und sie in Wort, Schrift oder Bild oder in anderer Weise frei zu äussern und zu verbreiten, sowie die Meinungsäusserung anderer frei zu empfangen» (S. 121).

b) Durch die gliedstaatlichen Verfassungen

Neben den Bundesverfassungen bestehen sowohl in den 50 States der USA als in den 25 schweizerischen Kantonen und Halbkantonen Verfassungen mit einem eigenen Grundrechtskatalog, in denen oft die Meinungsäusserungsfreiheit in ihrer Gesamtheit, ausnahmslos jedenfalls in Teilen geschützt wird[45]. Die Garantie von Freiheiten in den Verfassungen der Gliedstaaten vermag zwar den Grundrechtskatalog der Bundesverfassung günstig zu ergänzen, aber niemals vollgültig zu ersetzen. Abgesehen von der Frage, wie weit ein durch eine einzelstaatliche Verfassung gewährleistetes Grundrecht überhaupt Wirkungen entfalten kann[46], kann es nur gegen Verletzungen durch gliedstaatliche Erlasse und Rechtsanwendungsakte angerufen werden. Zudem würde eine Garantie von Grundrechten ausschliesslich durch Kantonsverfassungen und States Constitutions einen unerwünschten Rechtspartikularismus fördern.

c) Durch das Privatrecht

Wesentliche Garantien, die man in der Verfassung vergeblich sucht, findet man im Privatrecht, so etwa den ganzen Persönlichkeitsschutz[47]. Zwischen einem Grundrecht der Verfassung und einem privatrechtlich geschützten Recht bestehen nach der traditionellen Lehre grundsätzliche Unterschiede: Jenes richtet sich als geschichtlich gewachsenes, politisch erkämpftes und verteidigtes Einzelrecht gegen den Staat; dieses ist weniger politisch im Charakter, umfasst ein weites Spektrum und schützt gegen Angriffe und Verletzungen Privater. Obwohl da und dort die Auffassung vertreten wird, es sei unwesentlich, welcher Teil der Rechtsordnung ein Recht gewährleiste[48], finden sich Stimmen, die auf die gefährdete Stellung des Einzelnen gegenüber dem Staat und privaten Machtpositionen hinweisen und einen verstärkten Schutz der Persönlichkeit auf Verfassungsebene fordern, weil sie den privatrechtlichen Schutz als ungenügend erachten. So schreibt JÖRG PAUL MÜLLER:

«Die Bedrohungen des Menschen in der technisch bestimmten Umwelt sind vielfältiger, intensiver, z. T. auch heimtückischer geworden. Angesichts der Fülle neuer Möglichkeiten der Verletzung elementarer Persönlichkeitswerte durch den Staat und durch Private stellt sich das Bedürfnis nach einer umfassenden verfassungsrechtlichen Garantie der Integrität

45 Vgl. als Beispiel Art. 77 der Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4. Juni 1893:
«Die Freiheit der Mitteilung der Gedanken durch Worte, Schrift, Druck und bildliche Darstellung ist gewährleistet. Das Gesetz bestimmt die Strafe des Missbrauchs dieser Freiheit.
Es darf niemals die Zensur oder eine andere vorgreifende Massnahme stattfinden.»
Eine heute allerdings überholte Aufzählung der kantonalen Garantien der Meinungsäusserungsfreiheit findet sich bei Korner, 30 ff.

46 Vgl. unten 1. Kapitel, 2. Abschnitt, 2 f.

47 Zum folgenden MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, 145–159.

48 In diese Richtung wies die vom Bundesgericht während geraumer Zeit eingenommene Haltung.

des persönlichen Lebensbereichs des Menschen. Die Lückenhaftigkeit des Grundrechtskatalogs der BV mit seinen bruchstückhaften Freiheitsverbürgungen wird dadurch stärker empfunden. Die Forderung nach einem umfassenden grundrechtlichen Persönlichkeitsschutz wird vom öffentlichen wie vom privaten Recht her erhoben[49].»

### *4. Insbesondere die Ergänzung des Grundrechtskatalogs durch ungeschriebenes Verfassungsrecht*

Wie ausgeführt, erwähnt eine Verfassung zumeist nicht alle zur Zeit ihrer Entstehung anerkannten Grundrechte. Zum Teil werden sie als unbestritten und selbstverständlich weggelassen aus dem Gedanken heraus, dass nur gefährdete Rechte einer besondern Sicherung durch Erwähnung in der Verfassung bedürfen[50], zum Teil ist ihr Fehlen unsorgfältiger oder unsystematischer Redaktion zuzuschreiben[51], zum Teil endlich werden gewisse Freiheiten absichtlich nicht zugestanden[52]. Spätere politische, wirtschaftliche und soziale Veränderungen wecken das Bedürfnis nach Schutz neuer, bislang unbekannter oder unbeachteter Rechte. Die Frage stellt sich, ob und wie auch solche nicht ausdrücklich verbürgte Individualrechte gewährleistet werden. Die Antwort fällt für die Schweiz nicht gleich aus wie für die Vereinigten Staaten.

a) In den Vereinigten Staaten

In der Bill of Rights von 1789 fehlten wichtige Grundrechte; im Zusammenhang mit der Meinungsäusserungsfreiheit wie erwähnt die Vereinsfreiheit (right of association), das Recht, sich mit andern Menschen zur Verfolgung gemeinsamer Ziele auf beliebigem Gebiet dauernd zusammenzuschliessen, Regeln über die Ausgestaltung der Verbindung aufzustellen, namentlich auch über die Aufnahme und den Ausschluss von Mitgliedern Beschluss zu fassen und die festgelegten Tätigkeiten und Ziele zu verfolgen[53]. Dass die Vereinsfreiheit in der ursprünglichen Bill of Rights nicht enthalten war, ist nach mehrheitlicher Auffassung nicht einem Versehen zuzuschreiben, sondern der Abneigung James Madisons, des Hauptverfassers der Bill of Rights und späteren vierten Präsidenten der USA, gegen freiwillige politische oder wirtschaftliche Vereinigungen, denen er als mögliche Keimzellen von Zwietracht und Aufruhr misstraute[54].

[49] Müller, Persönlichkeitsschutz, 156.

[50] Aus diesem Grunde wurde beispielsweise die Redefreiheit im Gegensatz zur Pressefreiheit nicht in die BV aufgenommen. Vgl. Grisel, Droit public, 141.

[51] Ein Vorwurf, der gerade den Schöpfern der BV nicht erspart werden kann. Huber, Garantie, 111 a f.

[52] So die Vereinsfreiheit in der US Constitution.

[53] Kauper, 103 f.; Justice Douglas in Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 483 (1965).

[54] So Konvitz, Expanding Liberties, 50, mit Hinweis auf eine entsprechende Äusserung Madisons im «Federalist» 1787, Nr. 10. Das gleiche Misstrauen drückte Justice Sanford in Whitney v. California, 274 U.S. 357, 371 f. (1925) aus. E. Abderhalden, 17, vermutet demgegenüber, dass

Lange Zeit blieb der Vereinsfreiheit eine Anerkennung versagt, und als Folge davon konnten Vereine mit idealem Zweck, im Unterschied zu den juristischen Personen des Gesellschaftsrechts, keine verfassungsmässigen Rechte geltend machen[55]. Schliesslich setzte sich aber auch in den Vereinigten Staaten, dieser «nation of joiners» (ARTHUR M. SCHLESINGER)[56], die Überzeugung durch, dass die Vereinsfreiheit geschützt werden müsse. Der Supreme Court sprach erstmals 1958 von einem besonderen «right of association»[57], und heute ist dieses Grundrecht allseits anerkannt[58]. Keine Einigkeit besteht jedoch darüber, welches seine verfassungsmässigen Grundlagen sind, wo es dogmatisch einzuordnen und welches sein Umfang ist. Bereits im erwähnten ersten Urteil, in dem die Vereinsfreiheit gewährleistet wurde, erwies sich die Unsicherheit der Einordnung des neuen Rechtes: Justice Harlan, der den Entscheid für das Gericht begründete, behandelte die Vereinsfreiheit zunächst als Ausfluss der durch das First Amendment garantierten Rede- und Versammlungsfreiheit, um ihr dann doch eine selbständige, gleichgeordnete Stellung neben den beiden andern Rechten zuzuerkennen. Beide Auffassungen haben ihre Anhänger gefunden. Justice Black als Vertreter einer subjektiv-historischen Verfassungsauslegung hat es stets abgelehnt, zusätzlich zu den im First Amendment ausdrücklich genannten Rechten noch ein «right of association» anzuerkennen; seines Erachtens ist dieses Recht durch jene mitgarantiert[59]. Für T. I. EMERSON auf der andern Seite hat die Vereinsfreiheit selbständigen Charakter, verankert nicht nur im First Amendment, sondern garantiert allgemein im Rahmen einer freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung[60]. Mit dieser der europäischen Grundrechtstheorie vertrauten Argumentation steht EMERSON allerdings allein, besteht doch für die herrschende Lehre und Rechtsprechung die Streitfrage nur

eine Garantie der Vereinsfreiheit in den USA deshalb nicht nötig gewesen sei, weil England das Recht nie bestritten habe, und ungefährdete Rechte auch damals nicht in die Verfassung aufgenommen worden seien.

55 So entschied der Supreme Court noch 1939 im Fall einer Gewerkschaft, Hague v. CIO, 307 U.S. 496. Anderseits hatte der Court bereits im Jahre 1898 erkannt, dass eine Eisenbahngesellschaft als «person» im Sinne des Fourteenth Amendment anzuerkennen sei: Smyth v. Ames, 169 U.S. 466. Vgl. dazu KONVITZ, Expanding Liberties, 55ff.

56 «The associate impuls is strong in American life; no other civilization can show as many secret fraternal orders, businessmen's ‚service clubs', trade and occupational associations, women's clubs, church clubs, theater groups, political and reform associations, veteran's groups, ethnic societies, and other clusterings of trivial or substantial importance.» M. LERNER, America as a Civilization, 1957, 630. Gemessen an der Einwohnerzahl, dürfte allerdings die Schweiz in dieser Beziehung den Amerikanern kaum nachstehen.

57 N.A.A.C.P. v. Alabama ex rel. Patterson, 357 U.S. 449 (1958).

58 United States v. Robel, 389 U.S. 258, 283 (1967), Justice White, diss. Ferner FELLMANN, Rights of Association, 101.

59 Diskutiert bei EMERSON, Freedom of Association, 14.

60 Ibid., 5. EMERSON schränkt aber sogleich ein: «It is quite clear that no general concept of ‚the right of association' can govern all these situations or solve all these problems. Once the conduct involved reaches the point where it takes on the unique quality of association, no general rule of a right to association can apply.» Ibid. 6.

darin, ob die Vereinsfreiheit ein *selbständiges* Recht innerhalb des First Amendment darstelle; *dass* sie in diesem Verfassungszusatz Platz finden muss, darüber gibt es kaum Zweifel[61]. Diese Auffassung widerspiegelt die durch den Aufbau der amerikanischen Verfassung entscheidend beeinflusste Theorie, wonach aktuell werdende, ungeschriebene Grundrechte nicht neben die in der Bill of Rights enthaltenen Freiheiten treten, sondern in eine enge Beziehung zum einen oder andern darin aufgeführten Recht gebracht oder geradezu als aus mehreren davon zusammengesetzt betrachtet werden. Ein klassisches Beispiel solcher Verfassungstheorie stellen die heute breiten Raum einnehmenden Diskussionen über die Frage dar, ob das «right of privacy» zum ungeschriebenen Verfassungsrecht zu zählen sei, wobei Wurzeln dieses Grundrechts in bis zu fünf Amendments nachgewiesen werden[62,63]. Immerhin scheint gerade in der Auseinandersetzung um das Recht auf Privatsphäre die Auffassung an Boden gewonnen zu haben, dass die Anerkennung neuer Freiheitsrechte, die nicht aus bereits verbürgten Grundrechten abgeleitet werden können, als ungeschriebene Verfassungsrechte möglich ist[64].

b) In der Schweiz

Zufolge der Lückenhaftigkeit des Grundrechtskataloges in der Bundesverfassung musste sich das Problem der Anerkennung ungeschriebener Rechte früher oder später stellen, auch bei den ideellen Grundrechten. Das Bundesge-

61 Justice White fasst diese noch offene Frage in seiner diss. op. im Robel-Case (oben Anm. 58) in folgende Worte: «Whether the right to associate is an independent First Amendment right carrying its own credentials and will be carried beyond the implementation of other First Amendment rights awaits a definite answer.» 389 U.S. 283 N. 1.

62 Ein «right of privacy» wurde erstmals im Urteil Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965), in dem es um die Zulässigkeit der Beratung über antikonzeptionelle Mittel ging, von Justice Douglas angerufen. Im Namen von vier Richtern sprach Douglas von Grundrechten, die in der Bill of Rights nicht ausdrücklich erwähnt, aber im «Halbschatten anderer Rechte» zu finden seien. Das «right of privacy», älter als die Bill of Rights, habe seinen Ausdruck in Bestimmungen des First, Third, Fourth, Fifth, Ninth und Fourteenth Amendment gefunden. Die Zusammenfassung aller dieser Bestimmungen beweise ein verfassungsrechtliches Interesse an einem Recht auf Privatsphäre. Judge Shirley Hufstedler, Richterin an einem New Yorker Bundesgericht, leitete in einem 1971 gehaltenen Vortrag das «right of privacy» einzig aus der Bestimmung des Fourth Amendment ab, die den Bürger gegen ungerechtfertigte Durchsuchungen und Verhaftungen schützt. Der Ausdruck «unreasonable searches and seizures» muss ihrer Ansicht nach umfassend ausgelegt werden. Vgl. Yale Law Journal *82* (1974), Notes, Privacy in the First Amendment, 1477.

Zur Fragwürdigkeit, Grundrechte aus der Due Process Clause oder der Equal Protection Clause herzuleiten, vgl. R. Bork, 17.

63 In Yale Law Journal *82* (1482) wird allerdings behauptet, ein eigentliches *Recht* auf Privatsphäre bestehe noch nicht, anerkannt sei bloss ein diesbezügliches *Interesse*.

64 Emerson, System, 556, hat, ausgehend von Justice Douglas' Begründung im Griswold-Case, aber weit über das dort Gesagte hinausgehend, die Existenz eines selbständigen «right of privacy» angenommen. S. Krislov, 156, stellt fest: «Considering the almost totally absent constitutional texts that might serve as a base and the meager handful of cases available for the foundation, the emergence of the right of privacy as a fullfledged basis for decision must be reckoned a phenomenon of modern constitutional law, its implementation a tour de force.»

richt vertrat lange Zeit die positivistische Auffassung, nur die ausdrücklich genannten Rechte genössen den Schutz der Verfassung. Andere Rechte wurden nur geschützt, soweit sie in einer Kantonsverfassung enthalten waren [65]. Deshalb wurde – wie in den USA – versucht, aus den in der BV enthaltenen Grundrechten andere abzuleiten, beispielsweise die Meinungsäusserungsfreiheit aus der Pressefreiheit, und die Versammlungsfreiheit aus Art. 56 BV, aber die Versuche blieben «künstliche Konstruktionen» (H. HUBER) [66]. Um so begrüssenswerter und für die Rechtsfortbildung bedeutsam war deshalb die Praxisänderung des Bundesgerichtes im Jahre 1960, mit der das Bestehen durch ungeschriebenes Verfassungsrecht gewährleisteter Freiheitsrechte anerkannt wurde [67]. Galt der erste Entscheid der Eigentumsgarantie, so wurde schon im folgenden Jahr die Meinungsäusserungsfreiheit [68] und wenige Jahre später die Sprachenfreiheit [69] ebenso wie die Versammlungsfreiheit [70] als durch ungeschriebenes Verfassungsrecht gewährleistete Befugnis behandelt. Diesen Grundrechten kommt nach der heute gefestigten Rechtsprechung Verfassungsrang zu, ohne dass sie sich auf einen Verfassungsartikel, eine Übergangsbestimmung oder gar die Präambel stützen [71].

Die Anerkennung ungeschriebenen Verfassungsrechts hat indessen ihre Grenzen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes können durch ungeschriebenes Verfassungsrecht nur solche Freiheitsrechte gewährleistet werden, «welche die Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte bilden oder sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen» [72]. Damit lehnt das Bundesgericht im Einklang mit der herrschenden Lehre [73] Giacomettis Theorie ab, dass der Menschenrechtskatalog umfassend zu verstehen und dass deshalb jede relevant werdende individuelle Freiheit im Zeitpunkt ihrer Akutalisierung als ungeschriebenes Verfassungsrecht zu gewährleisten sei [74]. Nur fundamentalen Werten kommt diese Garantie zu; Meinungsäusserungsfreiheit und Versammlungsfreiheit werden mit Recht dazu gezählt [75].

[65] AUBERT, Traité, Nr. 312.

[66] Zum Verhältnis zwischen Vereinsfreiheit und Versammlungsrecht vgl. BGE *58* I 92 (Frage offengelassen), ferner *53* I 354f., *60* I 207, *61* I 35, 107; ablehnend HUBER, Garantie, 156af., K. HOERNI, 86, Z. GIACOMETTI, 163.

[67] Das erste Urteil, ein Entscheid vom 11. Mai 1960 i. S. Keller, publiziert in ZBl *62* (1961) 69 ff., betraf die mittlerweile als Art. 22ter in die BV aufgenommene Eigentumsgarantie.

[68] BGE *87* I 117; neuestens 100 Ia 399 mit Hinweisen.

[69] BGE *91* I 485.

[70] BGE *96* I 224, *97* I 914, *99* Ia 693.

[71] AUBERT, Traité, Nr. 311, GRISEL, Droit public, 139 ff.

[72] BGE *100* Ia 400.

[73] AUBERT, Traité, Nr. 312, GRISEL, Droit public, 142f., derselbe, Juridiction, 217f., MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, 139.

[74] GIACOMETTI, Freiheitsrechtskataloge, 169f., J. A. BUMBACHER, 3.

[75] Nicht aber eine spezielle Demonstrationsfreiheit (BGE *100* Ia 400f.) oder ein Recht auf freie Grabmalgestaltung (BGE *96* I 107).

*5. Ergebnis: Die Garantiemöglichkeiten der Meinungsäusserungsfreiheit*

Dieser erste Überblick hat gezeigt, dass trotz des Fehlens umfassender Garantien sowohl in der Verfassung der USA als auch in der BV die Möglichkeiten für einen weitgehenden Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit und der sie ergänzenden Grundrechte durchaus vorhanden sind. Ausdrückliche Vorbehalte und Einschränkungen dieser Freiheiten sind nicht zahlreich. Im First Amendment findet sich lediglich die Einschränkung, dass gesetzlicher Limitierung nur friedliche Versammlungen entgehen, und in der BV wird bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit die Erfüllung der bürgerlichen Rechte und Pflichten vorbehalten, werden der Kultusfreiheit die Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung gesetzt, und werden in Art. 56 BV vom Verfassungsschutz ausgeschlossenen Vereine, die in ihrem Zweck oder den verwendeten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich sind. Ob und inwieweit die freie Meinungsäusserung darüberhinaus beschränkt ist, ergibt sich aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und ihrer Anwendung durch die Gerichte. Dem Thema der Arbeit gemäss ist das Hauptaugenmerk auf die Rechtsprechung und Rechtsschöpfung des Supreme Court zu richten.

*6. Anhang: Der verfassungsrechtliche Schutz von Meinungsäusserungen kommerziellen Inhalts*

Supreme Court und Bundesgericht haben wiederholt erkannt, dass die Meinungsäusserungsfreiheit Ansichten und Meinungen um ihres ideellen, namentlich auch politischen Gehaltes willen schützt und dass deshalb Bekanntmachungen, die gewerbliche Zwecke verfolgen, nicht unter die Garantie fallen [76]. Die Reklame gehört vielmehr in den Bereich der wirtschaftlichen Grundrechte und untersteht damit gesetzlichen Beschränkungen insbesondere gewerbepolizeilicher Natur, die in der Schweiz einschneidender sind als in den USA. Immerhin kann in einer Zeitung die Trennung zwischen redaktionellem und Reklameteil nicht einfach in der Weise erfolgen, dass zu jenem Teil, der von der Pressefreiheit umfasst wird, das gehört, was unter der Verantwortung der Herausgeber gedruckt wird. Auch ein bezahltes Inserat, das im eigentlichen Reklameteil erscheint, kann unter den Schutz der Pressefreiheit fallen, nämlich dann, wenn sein Inhalt ideeller Natur ist [77]; für kleinere Gruppen ohne eigenes

[76] Valentine v. Chrestensen, 316 U.S. 52 (1942); BGE *36* I 41, *42* I 81, *73* IV 15. In diesem Sinne auch HUBER, Grundrechte, 205 f., FREY, 113, PETER V. SALADIN, Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtlichen Schranken, Diss. St. Gallen, Bern 1969; W. GELLHORN, 55, ferner Columbia Law Review *72*, Notes, The First Amendment and Regulation of Television News, 756 f.

[77] «Expression does not lose constitutional protection to which it would otherwise be entitled because it appears in the form of a paid advertisement.» New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 265 f. (1964).

Publikationsorgan mag dies eine Möglichkeit sein, ihre politischen Ansichten an ein weiteres Publikum zu richten. Schwieriger wird die Abgrenzung, wo in einem Inserat mit der Anpreisung von Produkten eine Kritik an bestehenden Einrichtungen, etwa an bestimmten wirtschaftspolitischen Erlassen, verbunden wird. Hier muss auf den Hauptzweck der Veröffentlichung abgestellt werden; eine Reklame fällt nicht schon dadurch unter den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit, dass sie eingestreut in den Werbetext einen politischen oder wissenschaftlichen Gemeinplatz enthält. Indessen ist in den USA wiederholt eine Ausdehnung des First Amendment-Schutzes auch auf kommerzielle Äusserungen gefordert worden, indem auf die wesentliche Bedeutung der Reklame auf das Leben des Durchschnittsbürgers hingewiesen worden ist, der eine wesentliche Aufgabe bei der menschlichen Selbsterfüllung zukomme [78].

## 2. Abschnitt: Der Schutzumfang der freien Meinungsäusserung, insbesondere das Verhältnis zwischen dem First und dem Fourteenth Amendment

### *1. Die möglichen Eingriffe*

Eingriffe in die Meinungsäusserungsfreiheit wie in die übrigen Grundrechte werden von verschiedener Seite ausgelöst. Auf der einen Seite können Erlasse von Bundesorganen, gliedstaatlichen Instanzen oder lokalen Behörden die Freiheit beschränken, ebenso gerichtliche Urteile und polizeiliche Ermittlungen; auf der anderen Seite können Eingriffe in die Freiheitssphäre eines Menschen von anderen Grundrechtsträgern vorgenommen werden. Ob die im First Amendment genannten Rechte gegen alle diese Eingriffe Schutz gewährten und gewähren, ist in diesem Abschnitt zu untersuchen.

### *2. Die Schaffung des First Amendment*

Gegen Ende des 18. Jahrhunderts entwickelten sich in den amerikanischen Kolonien Englands Grundrechtsideen, die sich grundsätzlich von denen unterschieden, die während Jahrhunderten im Mutterland anerkannt gewesen waren. Hatte man in England seit der Magna Charta die Einräumung von Rechten als Vereinbarung zwischen dem Monarchen und den Adligen, später dem Parlament, verstanden, die der königlichen Herrschaftsgewalt Schranken setzte, die Stellung des Volkes gegenüber der Legislative aber kaum verbesserte, so betrachteten die Gründer der Vereinigten Staaten, beeinflusst vom Naturrecht

[78] M. Redish, 472, Ch. J. Antieau, Constitutional Law, 649.

des 17. und 18. Jahrhunderts, die Grundfreiheiten als dem Staat vorgegebene und seine Macht beschränkende Rechte des Individuums [79]. Unzweifelhaft wollten die «founding fathers» dem amerikanischen Volk gerade auf dem Gebiet geistiger Freiheit weitergehende Rechte einräumen, als die Bevölkerung Englands genoss [80], hatten sich doch unter den ersten Kolonistengenerationen viele befunden, die aus religiösen oder politischen Gründen gezwungen worden waren, Europa zu verlassen. Rede- und Pressefreiheit sollten einen ungehinderten Austausch von Ideen fördern und eine Änderung politischer und sozialer Verhältnisse in die vom Volk gewünschte Richtung ermöglichen, welche Vorstellung weit über das Blackstonesche Modell einer zwar unzensurierten, aber vor nachträglicher Bestrafung in keiner Weise geschützte Presse hinausging [81].

Beim naturrechtlichen Grundrechtsverständnis der amerikanischen Verfassungsschöpfer erstaunt nicht, dass sie sich bei ihren Arbeiten die Frage stellten, ob die dem Volk vorbehaltenen, dem Staat vorgegebenen Freiheitsrechte überhaupt in der Verfassung enthalten sein müssten. «Why for instance, should it be said, that the liberty of the press shall not be restrained, when no power is given by which restrictions may be imposed?» fragte der Federalist Alexander Hamilton [82]. Auch sein Parteigenosse Madison zeigte zunächst keine Begeisterung für die Aufnahme eines Grundrechtskataloges in die Verfassung [83]. Erst als der vorgelegte Verfassungsentwurf am Widerstand der Anhänger Jeffersons zu scheitern drohte [84], entwarfen die Federalists eilends eine Bill of Rights mit 17 Amendments [85]. Überzeugend verfocht nun Madison vor der Konstituante die Auffassung, die Freiheitsrechte müssten in der Verfassung verankert sein:

[79] H. Black, Bill of Rights, 56, unter Hinweis auf eine in 83 U.S. 36 (1872) zitierte Äusserung von Madison. Nach F. Castberg, 273 f., sind die Declaration of Independence von 1774 und die Bill of Rights von 1789 in erster Linie als Ausdruck der naturrechtlichen Auffassung zu verstehen, wonach dem Bürger unverzichtbare Rechte zustehen, die die staatliche Souveränität einschränken. Vgl. auch Huber, Garantie, 9a f.

[80] Justice Black in Bridges v. California, 314 U.S. 252, 265 (1941); ferner Douglas, Right of the People, 19. Die gegenteilige Auffassung, die z. B. Justice Brown in Robertson v. Baldwin, 165 U.S. 275, 279 ff. (1897), vertreten hatte, ist m.E. nicht richtig.

[81] Justice Brennan in Roth v. United States, 354 U.S. 476, 484 (1957). Eine vehemente Kritik der Ideen von Blackstone findet sich bei Chafee, Free Speech, 9 ff. Vgl. ferner Justice Sutherland in Grosjean v. American Press, 297 U.S. 233, 248 (1936); a. M. K. Loewenstein, 489.

[82] The Federalist, No. 84, 579.

[83] Nach W. Mendelson, 827, sah Madison eine verlässlichere Sicherung der Grundrechte in der föderalistischen Struktur und im politischen Prozess der Vereinigten Staaten. Vgl. auch H. Black E. Cahn, Public Interview, 550.

[84] Die Anti-Federalisten waren nicht so sehr um die Sicherung der Freiheitsrechte, als vielmehr um die Wahrung der einzelstaatlichen Rechte besorgt. Das Fehlen einer Bill of Rights diente ihnen als Vorwand, den Verfassungsentwurf in der vorgelegten Fassung zu bekämpfen. L. Levy, Suppression, 224–233, W. Berns, Sedition Acts, 110 f., Bork, 22.

[85] Darin hatte Madisons Vorschlag für das nachmalige First Amendment folgenden Wortlaut: «The civil rights of none shall be abridged on account of religious belief or worship, nor shall any

«If (the rights) are incorporated into the Constitution, independent tribunals of justice will consider themselves in a peculiar manner the guardians of those rights; they will be an impenetrable bullwark against every assumption of power in the legislative or executive; they will be naturally led to resist every encroachment upon rights expressly stipulated for in the Constitution by the declaration of rights [86, 87].»

Von den vorgeschlagenen 17 Amendments fanden deren zwölf die Billigung des Kongresses, und von diesen erreichten zehn die Zustimmung der erforderlichen zwei Drittel der States. Diese zehn Amendments wurden zur ursprünglichen Bill of Rights [88].

Jeffersons [89] Partei, die sich für eine starke Stellung der States einsetzte, konnte sich in wesentlichen Punkten behaupten. So sieht das Tenth Amendment [90] ausdrücklich vor, dass alle nicht durch die Bundesverfassung den Vereinigten Staaten eingeräumten Befugnisse bei den States und deren Bürgern verbleiben. Insbesondere war die Bill of Rights nur als Schutz gegen Eingriffe der Zentralgewalt gedacht; die gliedstaatlichen Verfassungen sollten die Bürger der States vor Machtanmassungen ihrer Behörden schützen [91]. Kein Zweifel kann in dieser Hinsicht bezüglich der First Amendment-Rechte bestehen: Ein Vorschlag Madisons, vom Redaktionskomitee noch erweitert und als 14. Amendment vorgeschlagen, wonach die Gewissens-, Rede- und Pressefreiheit sowie das Erfordernis von Schwurgerichten im Strafprozess auch gegenüber den Gliedstaaten garantiert werden sollten, wurde vom Kongress abge-

national religion be established, nor shall the full and equal rights of conscience be in any manner, or on any pretext, infringed.

The people shall not be depraved or abridged of their right to speak, or to publish their sentiments; and the freedom of the press, as one of the great bulwarks of liberty, shall be inviolable.

The people shall not be restrained from peaceably assembling and consulting for their common good; nor for applying to the Legislature by petitions, or remonstrances, for redress of their grievances.»

Zitiert in Barron v. Baltimore, 32 U. S. 243, 247 (1833).

[86] MADISON vor dem House of Representatives, 8. Juni 1789, Annals of Congress *1* (1789) 457, zitiert bei E. CAHN, Firstness, 468.

[87] Damit deutete Madison bereits die wichtige Rolle an, die die Gerichte und insbesondere der Supreme Court spielen sollten.

[88] Gegenwärtig umfasst die Bill of Rights 25 Amendments.

[89] Jefferson selbst war nicht der kühne und idealistische Vorkämpfer umfassender und allgemeiner Menschenrechte, zu dem ihn eine glorifizierende Nachwelt gestempelt hat. Bei aller Anerkennung seiner politischen Verdienste war er jedenfalls nach Ansicht eines hervorragenden Kenners jener Zeit und politischen Vorgänge viel eher der gewiegte, vorsichtige Politiker und Taktiker, der seine Stellung und Macht für seine eigenen Ziele zu nutzen verstand: «Jefferson was not larger than life: he was human and held large power. His mistaken judgments were many, his failings plentiful. Much of Jefferson, that passed for wisdom, has passed out of date. He was, to be sure, a libertarian, and American civil liberties were deeply in his debt. But he was scarcely the constantly faithful libertarian and rarely, if ever, the courageous one.» L. LEVY, Jefferson, 159 f.

[90] «The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.»

[91] W. BRENNAN, Bill of Rights, 68.

lehnt[92, 93]. Im Jahre 1833, als der Supreme Court im Fall Barron v. Baltimore zum erstenmal direkt mit der Frage der Anwendbarkeit der Federal Bill of Rights auf einzelstaatliche Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsakte befasst wurde, machte Chief Justice John Marshall deutlich, dass auch der oberste Gerichtshof die Souveränität der States nicht in Frage zu stellen trachtete. Die Amendments der Bill of Rights, erklärte er für das einstimmige Gericht, «contain no expression indicating an intention to apply them to the state governments. This court cannot so apply them»[94].

### *3. Die Einführung des Fourteenth Amendment*

Diese Verfassungsauslegung begünstigte eine weitgehende Selbständigkeit der States; eine Vereinheitlichung des Schutzumfanges der Grundrechte erwies sich als unmöglich. Namentlich in der Sklavenfrage ergaben sich Spannungen zwischen Nord- und Südstaaten, die sich mehr und mehr vertieften und mit der Sezession der Südstaaten und dem nachfolgenden Bürgerkrieg zu einem Bruch führten. Als sich in diesem Krieg ein Sieg der Nordstaaten abzeichnete, setzten diese 1865 im Kongress die Einführung des Thirteenth Amendment durch, mit dem die Sklaverei im ganzen Unionsgebiet abgeschafft wurde. Trotzdem wurde in den folgenden Monaten offensichtlich, dass manche Südstaaten den befreiten Negern grundlegende Rechte nach wie vor verweigerten. Da die Verfassungsmässigkeit eilig zur Abhilfe erlassener Bundesgesetze fraglich erschien[95], wurde bereits 1866 das Fourteenth Amendment vom Kongress verabschiedet und in der Folge von der notwendigen Zahl von Gliedstaaten ratifiziert, das sich nun ausdrücklich und ausschliesslich an die States richtete und allen Bürgern des Landes minimale Grundrechtsgarantien verhiess[96]. Leider zeigten schon die

[92] Madisons Vorschlag hatte gelautet: «No State shall violate the equal rights of conscience, or the freedom of the press, or the trial by jury in criminal cases.» Er wurde vom Select Committee wie folgt abgeändert: «No State shall infringe the right of trial by jury incriminal cases, nor the rights of conscience, nor the freedom of speech, or of the press.» Zitiert bei Brennan, Bill of Rights, 69; vgl. ferner J. R. Green, 609. Bezeichnenderweise wurde das vorgeschlagene Amendment zuerst vom Senat, d. h. der Ständekammer, abgelehnt. Die Volkskammer, das House of Representatives, hatte zunächst angenommen, schloss sich aber später dem Senat an.

Jefferson schrieb am 11. September 1804 der Gattin seines Vorgängers im Präsidentenamt, Abigail Adams, zu diesem Thema: «While we deny that Congress have a right to control the freedom of the press, we have ever asserted the right of the States, and their exclusive right, to do so.» Zitiert bei Berns, Sedition Acts, 135; ferner Levy, Jefferson, 56, 59f.

[93] Eine Analogie findet sich im Entwurf für eine schweizerische Bundesverfassung aus dem Jahre 1833: Die Pressegesetzgebung sollte in die Zuständigkeit der Kantone fallen, und dem Bund sollten Beschränkungen der Pressefreiheit untersagt bleiben. Saladin, Grundrechte, 35.

[94] Barron v. Baltimore, 32 U.S. 243, 250. Der Fall betraf eine Streitigkeit über die durch das Fifth Amendment geschützte Eigentumsgarantie.

[95] Brennan, Bill of Rights, 72.

[96] Allerdings ist gerade der Kern der Amendments, «nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law», derart allgemein gehalten, dass seine

ersten Testfälle, die unter dem Namen Slaughter-House Cases bekannt geworden sind[97], dass der Supreme Court nicht bereit war, trotz der nunmehr vorhandenen verfassungsmässigen Grundlagen, eine weitergehende Integration des Landes und rechtliche Gleichstellung der Bürger aller Rassen zu verwirklichen. Für eine schwache Mehrheit, die sich in späteren Fällen noch festigte, zog Justice Miller eine Unterscheidung zwischen Rechten (immunities and privileges), die dem Bürger aufgrund seines amerikanischen, und solchen, die ihm aufgrund seines staatlichen Bürgerrechts zustünden; nur jene sollten mit Hilfe des Fourteenth Amendment durchgesetzt werden können. Das Ergebnis war, wie ein Kritiker bitter bemerkte, dass «the labors of the framers of the Fourteenth Amendment were nullified by a few strokes of Mr. Justice Miller's pen»[98].

*4. Die Anwendung des First Amendment gegenüber den States*

Die weitere Entwicklung war auf Jahrzehnte hinaus gehemmt; einzig der erste Justice Harlan setzte sich vehement für eine Ausdehnung des Schutzbereichs der in der Bill of Rights enthaltenen Grundrechte ein. In seinen einsamen «dissenting opinions» verfocht er die Überzeugung, «that there are principles of liberty and justice lying at the foundation of our civil and political institutions which no state can violate consistently with that due process of law required by the Fourteenth Amendment in proceedings involving life, liberty or property»[99]. Er vermochte jedoch seine acht «brethren», wie die Supreme Court Justices einander zu nennen pflegen, nicht zu überzeugen. Noch elf Jahre nach seinem 1911 erfolgten Tod, in Prudential Insurance Co. v. Cheek[100], erkannte der Court, dass weder das Fourteenth Amendment noch eine andere Bestimmung der Federal Constitution die Gliedstaaten zwingen könnten, das Grundrecht der Redefreiheit überhaupt zu gewährleisten oder die Garantie besonders auszugestalten. Etwas überraschend kam deshalb bereits im Jahre 1925, in Gitlow v. New York[101], die Wendung. Hier prägte Justice Sanford, mit Zustimmung der übrigen Richter, den berühmt gewordenen Satz:

«For present purposes we may and do assume that freedom of speech and of the press – which are now protected by the First Amendment from abridgment by Congress – are

Bedeutung bis heute nicht eindeutig bestimmt worden ist. Vgl. die Auseinandersetzung mit der Frage bei H. HAUSHEER, 47ff.

97 21 L. Ed. 394 (1873).

98 L. P. BETH, The Slaughterhouse Cases Revisited, Louisiana Law Review *23* (1963) 492. Vgl. ferner die Kritik von ABRAHAM, 43ff.

99 Hurtado v. California, 110 U.S. 516, 546 (1884); ferner seine diss. op. in Maxwell v. Dow, 176 U.S. 581 (1900), Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907), Twining v. New Jersey, 211 U.S. 78 (1908).

100 259 U.S. 530 (1922).

101 268 U.S. 652.

among the fundamental personal rights and ‚liberties' protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by the states [102].»

Diesen für die weitere Entwicklung des amerikanischen Grundrechtsschutzes schicksalhaften Worten folgte die seltsam berührende Bemerkung, die im Prudential-Case enthaltene gegenteilige Aussage, die immerhin Ausdruck einer fünfzig Jahre dauernden Praxis gewesen war, falle als blosse «beiläufige Bemerkung» nicht ins Gewicht:

«We do not regard the incidental statement in Prudential Ins. Co. v. Cheek, 259 U.S. 530, 543, that the Fourteenth Amendment imposes no restrictions on the States concerning freedom of speech, as determinative in this question [103].»

Justice Sanford ist zugute zu halten, dass er selber und zwei weitere Richter beim Prudential-Entscheid noch nicht mitgewirkt hatten. Das Zitat beweist jedoch, wie leicht das Prinzip des «stare decisis», der Bindung an Präjudizien, zu durchbrechen ist, wenn durch ein blosses Diktum eine derart weitreichende Praxisänderung vorgenommen werden kann [104]. Zu beachten ist anderseits, dass sich der Supreme Court mit seiner vorsichtigen Formulierung einen Rückzugsweg offenhielt, den er in der Folge allerdings nicht benützte.

Hatte der Supreme Court im Gitlow-Case Rede- und Pressefreiheit als auch für die States verbindlich erklärt und diesen Entscheid in Fiske v. Kansas [105] für die Redefreiheit und in Near v. Minnesota für die Pressefreiheit [106] bestätigt, so wurde dieselbe Schutzerweiterung wenig später den restlichen im First Amendment genannten Grundrechten ebenfalls zuteil, nämlich 1934 der Religionsfreiheit [107], drei Jahre später der Versammlungsfreiheit und gleichzeitig dem Petitionsrecht [108]. Schliesslich fand im Urteil N.A.A.C.P. v. Alabama ex. rel. Patterson [109] auch das ungeschriebene Grundrecht der Vereinsfreiheit Anerkennung als grundlegende, von den States zu respektierende «liberty» im Sinne des Fourteenth Amendment. Daneben wurden mehrere andere Rechte aus dem Katalog der ersten zehn Amendments zu Bund und Gliedstaaten gleicherweise

[102] Ibid. 666.
[103] Ibid.
[104] Auch in den Gitlow folgenden Entscheiden hat sich der Supreme Court nie eingehend mit seiner früheren Praxis auseinandergesetzt und keine Gründe für die allerdings höchst begrüssenswerte Kehrtwendung genannt.
[105] 274 U.S. 380 (1927), ferner Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931).
[106] 283 U.S. 697 (1931).
[107] Hamilton v. Regents of the University of California, 293 U.S. 245, während der Supreme Court im wenige Tage vor Gitlow entschiedenen Fall Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925), der ebenfalls die Religionsfreiheit betraf, die Frage der Anwendbarkeit des First Amendment auf die States nicht behandelt hatte.
[108] De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937).
[109] 357 U.S. 449 (1958).

bindenden Grundfreiheiten erklärt[110], aber bis heute hat der Supreme Court noch in keinem Entscheid die gesamte Bill of Rights als dem einzelstaatlichen Recht vorgegeben und vorgehend erklärt. Eine so eindeutige Haltung war dem Gericht bisher nicht möglich, weil seine Mitglieder verschiedenen, miteinander nicht zu vereinbarenden Ansichten gehuldigt haben und huldigen.

### *5. Die neueren Theorien über das Verhältnis zwischen First und Fourteenth Amendment*

Wenngleich Kommentatoren in den Auffassungen der seit 1925 dem Supreme Court angehörenden Justices insgesamt bis zu acht oder neun verschiedene Theorien über das Verhältnis zwischen dem First und dem Fourteenth Amendment unterscheiden[111], genügt es, auf die fünf wichtigsten darunter hinzuweisen.

#### a) Selektive Inkorporation

Erstmals von Justice Cardozo in Palko v. Connecticut[112] ausgesprochen, hat die Theorie während nahezu vier Jahrzehnten unter den Justices immer Anhänger und in der Rechtsprechung ihren Niederschlag gefunden. Ihr liegt die Überzeugung zugrunde, dass einige der in der Bill of Rights aufgeführten Freiheitsrechte derart grundlegend sind, dass ohne ihre Beachtung in den States Freiheit und Gerechtigkeit, die Grundpfeiler der amerikanischen Demokratie, gefährdet würden. In jedem einzelnen Fall, in dem die Verletzung einer in der Bill of Rights enthaltenen Garantie durch lokale oder einzelstaatliche Behörden behauptet wird, ist zu untersuchen, ob überhaupt ein bundesrechtlich unzulässi-

[110] Dazu gehören vor allem prozessuale Garantien für den Strafprozess, wie sie im Fifth und Sixth Amendment verankert sind. Die meisten dieser Entscheide fällte der Supreme Court während der Regierungszeit der Präsidenten Kennedy und Johnson, unter Führung von Chief Justice Earl Warren. Zu erwähnen sind insbesondere Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963), betreffend das Recht auf Verbeiständung durch einen Anwalt im Strafprozess; In re Oliver, 333 U.S. 257, (1948), Recht auf Öffentlichkeit des Prozesses; Malloy v. Hogan, 378 U.S. 1 (1964), Privileg gegen self-incrimination, d.h. Recht des Angeschuldigten, zu schweigen; Pointer v. Texas, 380 U.S. 400 (1965), Recht auf persönliche Konfrontation mit Belastungszeugen; Parker v. Gladden, 385 U.S. 363 (1966), Anspruch auf neutrale Jury; Klopfer v. North Carolina, 386 U.S. 3 (1967), Recht auf speditive Abwicklung des Prozesses; Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968), Obligatorium von Geschworenengerichten in Strafprozessen; Benton v. Maryland, 395 U.S. 784 (1969), Allgemeingültigkeit des Grundsatzes ne bis in idem. Verwandt mit diesen Garantien sind das Verbot unvernünftiger Haussuchungen und Verhaftungen sowie das Verbot, grausame und nicht übliche Strafen zu verhängen, die im Fourth bzw. Eighth Amendment gewährleistet sind und in Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961) bzw. Robinson v. California, 370, U.S. S. 660 (1962) und Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972; betr. Todesstrafe) als für die States bindend erklärt wurden. Auch die Separation Clause des First Amendment bindet die States, Everson v. Board of Education, 330 U.S. 1 (1947).

Vgl. ferner ABRAHAM, 49–88.

[111] Ibid. 81.

[112] 302 U.S. 319 (1937).

ger Eingriff erfolgt ist und ob das angerufene Freiheitsrecht so fundamental ist, dass es auch von den States respektiert werden muss. Eine generelle Anwendbarkeit der Bill of Rights auf die Gliedstaaten wird indessen, nicht zuletzt aus föderalistischen Überlegungen heraus, abgelehnt:

«(The Fourteenth Amendment does not) guarantee against state action all that would be a violation of the original Bill of Rights (Amendments I-VIII) if done by the Federal Government[113].».

Es sind die Anhänger dieser Theorie, die, zusammen mit den die beiden nachfolgend genannten Theorien verfechtenden Richtern, die allmähliche Ausdehnung des Schutzbereichs der Bill of Rights durchgesetzt haben. Hat ihre Auffassung den Vorteil der Beweglichkeit und Kompromissbereitschaft für sich, so haftet ihr der Nachteil einer Gefahr unsystematischer Zufälligkeit der Auswahl an[114].

b) Totale Inkorporation

Die Gedanken, die der erste Justice Harlan um die Jahrhundertwende ausgesprochen hatte, nahm zwei Generationen später Justice Black wieder auf. Bis zu seinem Tode im Jahre 1971 wiederholte er unermüdlich seine Überzeugung, dass mit der Inkraftsetzung des Fourteenth Amendment «the provisions of the Amendment's first section, separately, and as a whole, were intended to make applicable the Bill of Rights to the States»[115]. Er bestritt einerseits die Zuständigkeit des Supreme Court, nach eigenem Gutdünken einigen Freiheitsrechten den zusätzlichen Schutz durch das Fourteenth Amendment zu verleihen, anderen jedoch zu verweigern, damit eine vom Verfassungsgeber vorgenommene wertabwägende Entscheidung abändernd; anderseits beschränkte er die Anwendbarkeit dieses Amendments auf die in der Federal Constitution und der ursprünglichen Bill of Rights ausdrücklich genannten Rechte und Privilegien, womit er sich gegen die Anerkennung ungeschriebenen Verfassungsrechtes wandte[116].

c) Totale Inkorporation «plus»

Blacks Ideen vermochten seine beiden liberalen Mitkämpfer der vierziger Jahre, die Justices Murphy und Rutledge, nicht zu befriedigen; sie gingen ihnen zu wenig weit. Ihrer Ansicht nach müssen alle Regeln, die den «due process of

[113] 302 U.S. 323

[114] ABRAHAM, 82, KRISLOV, 81 f.
Von den heute dem Supreme Court angehörenden Richtern vertreten die Justices Brennan, White und Marshall diese Richtung. Die Auffassung von Justice Brennan findet sich in Bill of Rights, 75 ff.

[115] Justice Black, diss., in Adamson v. California, 332 U.S. 46, 71 f. (1947).

[116] ABRAHAM, 84, KRISLOV, 81.

law» zu gewährleisten bestimmt sind, von den States respektiert werden, gleichgültig, ob sie in der Bundesverfassung, der Bill of Rights oder einem andern Dokument niedergelegt oder sonstwie anerkannt sind:

«We agree that the specific guarantees of the Bill of Rights should be carried over intact into the first section of the Fourteenth Amendment. But (we are) not prepared to say that the latter is entirely and necessarily limited by the Bill of Rights. Occasions may arise where a proceeding falls so far short of conforming to fundamental standards of procedure as to warrant constitutional condemnation in terms of a lack of due process despite the absence of a specific provision in the Bill of Rights[117].»

Auch der vierte ausgesprochen liberale und grundrechtsfreundliche Richter jener Zeit, Justice Douglas, der dem Supreme Court noch bis 1975 angehört hat[118], löste sich in dieser Frage allmählich von Black, um sich Murphy und Rutledge anzuschliessen[119].

d) Die Anerkennung fundamentaler Grundsätze

Justice Frankfurter, überzeugter Verfechter einer weitgehenden Autonomie der Gliedstaaten, stimmte der selektiven Inkorporationstheorie insoweit zu, als nur fundamentale Freiheitsrechte durch das Fourteenth Amendment den States gegenüber bindend sein sollten. Keinesfalls dürfe die blosse Tatsache, dass ein an sich unbedeutendes Grundrecht im grundlegenden Dokument der Bill of Rights Unterschlupf gefunden habe – vielleicht im gleichen Satz mit andern, weit gewichtigeren Bestimmungen – dazu führen, dass ein solches sekundäres Grundrecht gegenüber den States durchgesetzt werde. Er befürwortete deshalb eine pragmatische, fallbezogene Untersuchung und lehnte jede Idee einer Inkorporation ab, worin sich seine Auffassung von der oben unter lit. a skizzierten Theorie unterscheidet. In einem kurz vor seinem Tode erschienenen Memorandum unterzog er zur Stützung seiner Ansicht, dass von einer incorporation in irgendeiner Form nicht die Rede sein könne, die bisherige Rechtsprechung über das Verhältnis zwischen First und Fourteenth Amendment einer genauen Prüfung:

«The cases say the First is ‚made applicable' by the Fourteenth or that it is taken up into the Fourteenth by ‚absorption', but not that the Fourteenth ‚incorporates' the First. The phrase ‚made applicable' is a neutral one. This is not a quibble. The concept of ‚absorption'

117 Justice Murphy, diss., in Adamson v. California, 332 U.S. 124.

118 Von Präsident Roosevelt 1939 ernannt und im Herbst 1975 zurückgetreten, hat Douglas 36 Jahre und damit länger am Supreme Court gewirkt als jeder andere Richter vor ihm. Am 29. Oktober 1973 übertraf er den bisherigen «Rekordhalter», Justice Field (1863–1897); aus Newsweek, 12. November 1973. Ungefähr 34 Jahre gehörten dem Supreme Court an Chief Justice Marshall (1801–1835), Justice Story (1811–1845), Justice Harlan der Erste (1877–1911) und Justice Black (1937–1971).

119 Vgl. DOUGLAS, Bill of Rights, 115ff., ferner seine opinion in Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 482ff. (1965); im gleichen Sinne Justice Goldberg, 381 U.S. 486.

is a progressive one, i.e., over the course of time something gets absorbed into something else. The sense of the word ‚incorporation' implies simultaneity. One writes a document incorporating another by reference at the time of the writing. The Court has used the first two forms of language, but never the third. To support the concept of ‚incorporation' of the first eight into the Fourteenth by reference to the First Amendment's application to the States is not warranted by the Court's careful choice of language[120, 121].»

e) Die «Two Tier»-Theorie

Justice Jackson und nach ihm der zweite Justice Harlan schlossen sich Frankfurters Kritik jeglicher Inkorporationstheorie an. Ungleich Frankfurter wollten sie aber selbst jene Rechte, die sie als grundlegend und damit auf die States anwendbar erachteten, diesen gegenüber nicht gleich strikt durchsetzen wie gegenüber den Bundesinstanzen. Die States sollten nach ihrer Auffassung in der Ausgestaltung gesetzlicher Erlasse über mehr Spielraum verfügen als der Kongress[122]. Die zweierlei Massstäbe fordernde, Rechtsunsicherheit schaffende Theorie ist heftig kritisiert worden[123], scheint aber in jüngster Zeit, zumindest für einzelne Fragen, wieder an Boden zu gewinnen[124].

f) Ergebnis

Wenngleich bisher keine der umschriebenen Theorien am Supreme Court eine beständige Mehrheit gefunden hat, so ist doch mit der Methode selektiver Inkorporation bis heute die Mehrzahl der in der Bill of Rights enthaltenen Grundrechte als auch die Gliedstaaten verpflichtend erklärt worden. Am Anfang dieser Entwicklung stand die Erweiterung des Schutzes für die Grundrechte des First Amendment. Auch Justice Frankfurter anerkannte trotz seiner Ablehnung der Inkorporationsidee, dass «free speech, press, etc. ... because they are fundamental ... fall within the scope of the prohibitions of the Fourteenth»[125]. Mögliche Einschränkungen auf dem Gebiet unzüchtiger Veröffentlichungen vorbehalten[126], gelten somit die im First Amendment genannten Rechte auch den States gegenüber. Diese Tatsache ist nicht nur für den

[120] F. FRANKFURTER, 747 f. Justice Frankfurter hatte dieses Memorandum vorbereitet, um es bei passender Gelegenheit einer opinion anzufügen. Bevor sich eine solche Gelegenheit ergab, zwang ihn eine Krankheit, von seinem Richteramt zurückzutreten, weshalb er es in der Harvard Law Review erscheinen liess.

[121] Eine ähnliche Haltung nehmen die vier von Präsident Nixon ernannten Richter, Chief Justice Burger und die Justices Blackmun, Powell und Rehnquist, ein, ebenso Justice Stewart.

[122] So Justice Jackson, diss., in Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, 283ff. (1952), Justice Harlan, diss., in Roth v. United States, 354 U.S. 476, 501ff. (1957).

[123] Vgl. vor allem die wiederholte Kritik des University of Chicago – Professors HARRY KALVEN, Jr., in Law of Obscenity, 22ff., New York Times Case, 218, Negro, 33f.

[124] So Chief Justice Burger in Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973) betr. unzüchtige Veröffentlichungen.

[125] FRANKFURTER, 749.

[126] Vgl. das in Anm.124 erwähnte Urteil.

Umfang ihres Schutzes bedeutsam, sondern für die Rechtsfortbildung allgemein, betreffen doch die weitaus meisten Fälle behaupteter Verletzungen der Meinungsäusserungsfreiheit Streitigkeiten zwischen Bürger und State Government; das First Amendment erhält somit seine Auslegung und Konkretisierung auf dem Umweg über das Fourteenth Amendment[127].

Soweit die gliedstaatlichen Verfassungen Grundrechte enthalten, die sich mit Garantien der Bill of Rights decken, die vom Supreme Court zu «fundamental rights and liberties» im Sinne des Fourteenth Amendment erklärt worden sind, haben jene Garantien ihre selbständige Bedeutung verloren. Soweit aber bundesstaatlich gewährleisteten Grundrechten diese Bedeutung noch nicht zuerkannt worden ist, behalten die Grundrechtskataloge der Bundesstaaten weiterhin ihre Bedeutung[128, 129]. Im Unterschied dazu haben die Grundrechtskodifikationen der schweizerischen Kantone mit der Anerkennung ungeschriebenen Verfassungsrechtes durch den Bund jegliche materielle Bedeutung verloren[130].

### 6. *State action – Drittwirkung von Grundrechten*

Die klassische Grundrechtslehre ging aus von einem rein defensiven Grundrechtsverhältnis zwischen Bürger und Staat. Die Freiheitsrechte wurden als Inseln des Bürgers verstanden, auf denen er keine Eingriffe der Staatsgewalt befürchten oder dulden musste. Von diesem Grundrechtsverständnis sind die amerikanische und die schweizerische Bundesverfassung geprägt[131], und die Verfassungsgerichte der beiden Staaten gewährten Schutz nur gegen gouvernementale Grundrechtsverletzungen. Nach amerikanischer Doktrin bedurfte es einer «State action», d.h. einer den Bürger treffenden Anordnung oder Handlung der gesetzgebenden Behörde, der Exekutive mit

[127] Emerson, System, 102, Kauper, 63. Ch. Black, 90, kritisiert, dass die Richter des Supreme Court sich oft selbst nicht im klaren sind, ob das First Amendment direkt oder über das Fourteenth anzuwenden ist.

[128] Beispiele für weitergehende einzelstaatliche Grundrechte bei V. Countryman, 458f.

[129] Mochte der Griswold-Entscheid Hoffnungen auf eine liberalere Haltung des Supreme Court in der Anerkennung ungeschriebener Freiheitsrechte und ihrer Anwendbarkeit gegenüber den States wecken – vgl. aus schweizerischer Sicht die Bemerkungen von Aubert, Traité, S. 631 Anm. 2 –, so sind nun angesichts der heutigen Besetzung des Supreme Court bezüglich einer aktiven Integrationspolitik Vorbehalte am Platz. Es ist gegenteils anzunehmen, dass eine weitergehende Integration auf sich warten lassen wird, und dass auf verschiedenen Gebieten die Selbständigkeit der States vergrössert werden wird.

Countryman, 454f., nennt als Gründe dafür, dass ein Verzicht auf gliedstaatliche Grundrechtsgarantien verfehlt wäre, die unzuverlässige, wechselnde Rechtsprechung des Supreme Court, die unvollständige Inkorporation und das Bedürfnis nach zusätzlichem Grundrechtsschutz.

[130] Aubert, Traité, Nr. 1755, H. Brühwiler, Die Freiheitsrechte der Kantonsverfassungen in ihrem Verhältnis zur Bundesverfassung, Diss. Bern 1948.

[131] Vgl. den Text des First Amendment: «*Congress* shall make no law...», und des Fourteenth Amendment: «No *State* shall...». Aubert, Traité, Nr. 1742ff.

Einschluss der Verwaltung oder einer richterlichen Behörde, damit der Grundrechtsschutz anbegehrt werden konnte, und in der Schweiz war hoheitliches Handeln einer staatlichen Behörde Voraussetzung[132]. Es hat sich jedoch gezeigt, dass gerade die gefährlichsten Angriffe gegen individuelle Freiheitspositionen oft nicht mehr von staatlichen Stellen, sondern von Privaten ausgelöst werden. «Das Grundrecht der Meinungsfreiheit verletzt nicht nur der Staat, der die Presse zensuriert, sondern grundsätzlich auch der Private, der seinen Mitmenschen rechtlich oder tatsächlich an der Ausübung der Meinungsfreiheit hindert»[133]. Obwohl mit zivil- und strafrechtlichen Erlassen private Macht allgemein recht wirksam in Schranken gehalten werden konnte, blieb das Postulat verstärkter verfassungsrechtlichem Schutz der Rechtsverhältnisse Privater unter sich bestehen.

In den USA zeigte sich dieses Bedürfnis in ganz besonderem Masse in Fällen von Diskriminierung wegen der Hautfarbe, die von der weissen Mehrheit gegenüber der schwarzen Minderheit begangen wurden. Weil den Bundesbehörden eine direkte Einwirkung auf das von den States geregelte Zivil- und Strafrecht verwehrt ist, konnte Abhilfe im Sinne einer rigoroseren Durchsetzung der «equal protection clause» des Fourteenth Amendment nur durch eine Ausweitung des «State action»-Begriffes geschaffen werden. Den Bundesgerichten gelang es in der Folge, wesentlichen Einfluss auf die gliedstaatliche Gesetzgebung und Rechtsprechung auszuüben, indem sie insbesondere Gerichtsurteile, die rassendiskriminatorische Abreden Privater[134] schützten, zu State action stempelten und damit bundesrechtlicher Überprüfung zugänglich machten[135]. Eine wesentliche Erweiterung der Bundeskompetenzen brachten die Civil Rights Acts von 1964 mit sich, die vom Kongress erst nach einer 75tägigen Filibuster-Debatte im Senat verabschiedet werden konnte und unter anderem das Verbot der Rassendiskriminierung auf dem Arbeitsmarkt und in Beherbergungsstätten aufstellten. In den daraus entstehenden Verfassungsstreitigkeiten gab der Supreme Court den an sich berechtigten Forderungen der Bürgerrechtskämpfer in weitem Umfang nach, wobei er auch auf nebensächlichen Gebieten die Gleichheit auf Kosten der Vertragsfreiheit oft etwas

[132] ABRAHAM, 348.

Typisch für die Rechtsprechung des Bundesgerichtes beispielsweise BGE *51* I 306: «Pressfreiheit im Sinne von Art. 55 BV ist das Recht auf freie Meinungsäusserung durch die Presse. Sie ist verletzt, wenn eine *Behörde in Ausübung ihrer staatshoheitlichen Befugnisse* ohne einen nach Art. 55 BV zwingenden Grund die Ausgabe eines Presseerzeugnisses verbietet oder bestraft ...»

[133] MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, 161; ferner HAUSHEER, 137ff., SALADIN, Funktion der Grundrechte, 533; R.K. CARR, 924.

[134] Im Vordergrund standen gegenseitige Dienstbarkeitsverträge benachbarter Grundeigentümer mit der Abmachung, ihre Liegenschaften nie einem Neger zu verkaufen, vermieten oder zu verschenken.

[135] Diese Praxis, die mit Shelley v. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948) eingeleitet wurde, hat HAUSHEER, 140ff., eingehend beschrieben und analysiert.

übertrieben in den Vordergrund rückte[136]. In mehreren aufsehenerregenden Entscheiden[137] entwickelte der Court die bis heute gültige Praxis, wonach über das Fourteenth Amendment der Bürger gegen Verletzungen von Grundrechten sogar dann geschützt wird, wenn State action beim beanstandeten Verhalten nur am Rande mitgespielt oder nur eine von mehreren Grundrechtsverletzungen verursacht hat, und dass State action selbst dann bejaht wird, wenn eine Privatperson Funktionen ausübt, die zum Aufgabenbereich des Gemeinwesens gehören oder gehören könnten – ein höchst ungenauer, den Gerichten grossen Entscheidungsspielraum gewährender State action-Begriff! In jüngster Zeit ist eine gewisse Beruhigung der Fronten festzustellen, wobei sich in der Rechtsprechung des Supreme Court die Tendenz abzeichnet, den in den ersten Jahren nach 1964 hie und da allzu weit gedehnten State action-Kreis wieder etwas einzuengen[138].

In der Schweiz entwickelte sich in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg ein neues Grundrechtsverständnis, eine Rück- und Neubesinnung auf die «konstitutiv-institutionelle Funktion» der Grundrechte, in denen ein «umfassender Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber erkannt» wurde[139]. Bereits 1955 sprach Hans Huber, unter Hinweis auf Regelungen der Weimarer Republik, von der Dritt- oder Horizontalwirkung der Grundrechte als einem «Postulat der Gerechtigkeit»[140]. Heute ist die Lehre grösstenteils anerkannt[141], und auch das Bundesgericht hat sie teilweise übernommen, obwohl es im Vergleich zum Supreme Court eine viel beschränktere Gestaltungsfreiheit besitzt. Vor allem die Zivilabteilungen haben in den vergangenen Jahren wiederholt darauf hingewiesen, dass die verfassungsmässigen Rechte unmittelbar nur Schutz gegen staatliche Eingriffe bieten, dass aber privatrechtliche Verhältnisse den Grundideen der Verfassung entsprechend ausgestaltet und ausgelegt werden müssen[142].

[136] Vgl. die kritischen Ausführungen von L. Henkin, Shelley v. Kraemer: Notes for a Revised Opinion, 110 University of Pennsylvania Law Review (1962) 481.

[137] Heart of Atlanta Motel v. United States, 379 U.S. 241 (1964), Katzenbach v. McClung, 379 U.S. 294 (1964), United States v. Price, 383 U.S. 688 (1966), United States v. Guest, 383 U.S. 746 (1966).

[138] Vgl. beispielsweise Evans v. Abney, 396 U.S. 435 (1970), worin die Wirkung von Pennsylvania v. Board of Directors of City Trusts of the City of Philadelphia, 353 U.S. 230 (1957) und 357 U.S. 570 (1958) sowie von Brown v. Commonwealth of Pennsylvania, 391 U.S. 921 (1968) stark abgeschwächt wurde, in denen die Testamentsvollstreckung durch die dafür vorgesehenen staatlichen Behörden als State action angesehen worden war; ferner Palmer v. Thompson, 403 U.S. 217 (1971), worin der Beschluss einer Stadtverwaltung, alle fünf Schwimmbäder der Stadt zu schliessen anstatt sie für die Angehörigen aller Rassen zu öffnen, vom Supreme Court mit 5:4 Stimmen geschützt wurde.

[139] Saladin, Grundrechte, 309, derselbe, Funktion der Grundrechte, 548.

[140] Huber, Rechtsgenossen, 180f., 200; A. Simonius, Ein verkanntes Freiheitsrecht, Festgabe E. Ruck, Basel 1957, 275f.

[141] Müller, Persönlichkeitsschutz, 160ff., Saladin, Grundrechte, 307ff., a. M. Aubert, Traité, Nr. 1745.

[142] So BGE *86* II 376 für die HGF, *80* II 42 und *95* II 493 für die Pressefreiheit.

Nicht für alle im First Amendment enthaltenen Grundrechte stellt sich die Frage der Drittwirkung mit gleicher Aktualität. Das Petitionsrecht beschlägt seiner Natur entsprechend das Verhältnis zwischen Bürger und Staat, und auch die Radio- und Fernsehfreiheit betrifft vorzüglich dieses hoheitliche Verhältnis, jedenfalls in Ländern wie der Schweiz, in denen die Massenmedien als staatlich kontrollierte Monopolbetriebe ausgestaltet sind[143]. Ein Bedürfnis nach Anerkennung und Berücksichtigung der horizontalen Ausstrahlung von Grundrechten ist dagegen bei der Redefreiheit, der Pressefreiheit, der Vereins- und Versammlungsfreiheit zu bejahen, ebenso bei den modernen Massenmedien, wenn sie, wie in den USA, von privaten Gesellschaften betrieben werden. Eine einheitliche Regelung der Drittwirkung erscheint daher für die erwähnten Grundrechte, viel weniger noch für die Grundrechte allgemein, nicht möglich[144].

[143] Vgl. dazu F. Gygi, Monopolisierte Massenmedien im freiheitlichen Rechtsstaat, ZBl *76* (1975) 89 ff.

[144] Im gleichen Sinn Huber, Rechtsgenossen, 201 f., Müller, Persönlichkeitsschutz, 167, Bäumlin, Totalrevision, 387 f.

# 2. Kapitel: Supreme Court und First Amendment

## 1. Abschnitt: Die Normenkontrolle durch den Supreme Court

### *1. Der Grundsatz*

Das Schweizerische Bundesgericht kann vom Bürger angerufen werden, der sich über eine Verletzung seiner verfassungsmässigen Rechte beschwert (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV). Absatz 3 dieses Verfassungsartikels bindet aber das Bundesgericht und mit ihm alle kantonalen Gerichte ausdrücklich an die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge, so dass neben bundesrechtlichen Ausführungsvorschriften nur kantonale Erlasse angefochten werden können. Eine wirkliche, wirksame Verfassungsgerichtsbarkeit besteht somit in der Schweiz auf Bundesebene nicht; auf die Gründe für oder gegen die Einführung dieses Instituts in unserem Land, in dem zur Zeit der Verfassungsschöpfung der Demokratiebegriff der Freiheit übergeordnet und der Legislative nach allgemeinem Konsens eine überragende Stellung unter den Bundesgewalten zuerkannt wurde, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden[1].

Ganz anders stellen sich die Verhältnisse in den USA dar, und zwar sowohl hinsichtlich der Verfassungsgrundlagen als auch hinsichtlich der Praxis der Gerichte. Article III, Section 1 der amerikanischen Bundesverfassung bestimmt, dass die richterliche Gewalt in der Union einem obersten Gerichtshof und den erforderlichen, vom Kongress einzusetzenden unteren Gerichten übertragen wird. Die diesen Gerichten zukommenden Aufgaben umschreibt Section 2 von Article III zur Hauptsache wie folgt:

«The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority...»

Diese Bestimmung wollte keineswegs eine Suprematie der richterlichen Gewalt im Staate schaffen, vielmehr sollten nach dem Willen der «founding fathers» die drei Staatsgewalten gleichgeordnet, von einander unabhängig und deshalb nicht einander, wohl aber dem Volk gegenüber verantwortlich sein[2].

[1] Für eine neuere Abwägung des Pro und Kontra einer bundesrechtlichen Normenkontrolle sowie einen Vergleich mit den Verhältnissen in den USA und der Bundesrepublik vgl. AUBERT, Traité, Nrn. 420–460 und dort zitierte Literatur.

[2] HAND, 27.

Exekutive und Legislative bewiesen jedoch bereits in den ersten, stürmischen, von Kämpfen zwischen Jeffersonians und Federalisten geprägten Jahren, dass ihnen Macht und politische Entscheidungen mehr bedeuteten als Verfassungstreue, womit die Aufgabe der Durchsetzung des «fundamental law» der Verfassung und des Schutzes des «standing law», d. h. der dem positiven Recht vorgegebenen Grundideen von Vernunft und Gerechtigkeit[3], den richterlichen Behörden recht eigentlich in den Schoss fiel. Chief Justice Marshall, die erste starke Persönlichkeit am Supreme Court, zögerte nicht, das Ansehen der Gerichte mit dem der Verfassung zu verbinden[4]. Im ersten sich für einen Grundsatzentscheid eignenden Fall, Marbury v. Madison[5], in dem die Anerkennung einer von Präsident Adams getroffenen Richterwahl durch die nachfolgende Jefferson-Administration streitig war, verneinte Marshall zwar politisch geschickt die Zuständigkeit des Supreme Court für den konkreten Fall, steckte aber mit den nachstehenden eindeutigen und eindrücklichen Sätzen den Entscheidungsbereich der Gerichte sehr weit:

«It is emphatically the province and the duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply[6].»

An dieser Auffassung haben die Gerichte in den USA seither festgehalten[7] und damit konsequent das Wächteramt versehen, das Madison ihnen zugedacht hatte. Seit mehr als 170 Jahren ist der Supreme Court als oberste Instanz immer wieder neu bestrebt, den Sinn der Verfassung zu deuten, um den sich stetig ändernden Verhältnissen gerecht zu werden. Er versucht beispielsweise, die Bill of Rights, die in einer Zeit geschaffen wurde, als das Individuum als Mittelpunkt der menschlichen Gesellschaft betrachtet wurde, zu übertragen auf die heutigen Verhältnisse verstärkter staatlicher Intervention und gesellschaftlicher Integration. Da nur ein knapp gehaltener, konkretisierungsbedürftiger Verfassungstext als Grundlage zur Verfügung steht, stellt dies eine unerlässliche,

[3] R. H. Grossmann, 76.
[4] R. McCloskey, 40ff, 49, Hand, 29.
[5] 1 Cranch 137 (1803).
[6] 1 Cranch 177f.
[7] Vgl. Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88, 96f. (1940), Pennekamp v. Florida, 328 U.S. 331, 335 (1946), Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 190 (1964).

verantwortungsschwere Aufgabe dar, die nicht nur rechtliche, sondern auch eminent politische Aspekte aufweist[8].

*2. Einschränkungen der Normenkontrolle*

Obwohl er damit sein angestammtes juristisches Feld verlässt, scheint der Supreme Court zur Übernahme dieser politischen Funktion, der Abwägung der Individualrechte gegen die Hoheitsansprüche des Staates, besser geeignet als die beiden andern Bundesorgane. Zum einen spricht die gegenüber Legislative und Exekutive grössere Kontinuität des obersten Gerichtshofes, dessen Richter nicht selten zwanzig Jahre oder länger im Amt bleiben, für die getroffene Aufgabenverteilung. Zum andern sind die Justices politischem Druck und dem Einfluss bestimmter Interessengruppen kaum ausgesetzt, da sie – gewählt auf unbestimmte Zeit[9] – nicht dauernd um ihre Wiederwahl fürchten und deshalb zu Konzessionen bereit sein müssen, sondern einzig ihrem Gewissen verpflichtet ihre Entscheide treffen. Die Urteile reifen nicht in der hektischen Atmosphäre abstimmungstaktischer Scharmützel, wie sie oft parlamentarischen Beschlüssen vorausgehen, nicht beeinflusst von Zweckmässigkeitsüberlegungen, wie sie häufig Verwaltungsentscheiden eignen, sondern erst geraume Zeit, nachdem sich das zu einem verfassungsrechtlich relevantenEntscheid führende Ereignis abgespielt hat und von den unteren Gerichten in tatbeständlicher Hinsicht bereits abgeklärt und rechtlich beurteilt worden ist. Diese Distanz ermöglicht ein leidenschaftsloses Abwägen der massgebenden Entscheidungskriterien, mit dem eine gewisse Zurückhaltung in der Abänderung bestehender Grundsätze einhergeht. Das stare decisis – Prinzip, obwohl nicht so absolut geltend wie in England, ist geeignet, ein der Rechtssicherheit abträgliches Hin und Her höchstrichterlicher Verfassungsauslegung zu verhindern oder doch abzuschwächen[10].

Zu dieser allgemeinen Zurückhaltung des Supreme Court, den verfassungsrechtlichen Gehalt individueller Rechtspositionen abweichend von gesetzlichen Erlassen und Verfügungen der Verwaltung zu bestimmen, gesellt sich eine weitere wesentliche Einschränkung richterlicher Normenkontrolle. Seit jeher betrachtete der Supreme Court die sogenannten «political questions»[11] als

[8] «The people have seemed to feel that the Supreme Court, whatever its defects, is still the most detached, dispassionate, and trustworthy custodian that our system affords for the translation of abstract into concrete constitutional commands», schrieb Justice Jackson, der vor seiner Wahl an den Supreme Court als Justizminister gedient hatte. Aus Jackson, The Supreme Court in the American System of Government, Cambridge 1955, 23, zitiert bei Abraham, 23.

[9] «The judges, both of the Supreme and inferior courts, shall hold their offices during good behavior...». Article III, Section 1 U.S. Constitution.

[10] Abraham, 201, McCloskey, 20; Hausheer, 32ff.

[11] «It is apparent that several formulations which vary slightly according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one or more elements which

nicht in den Entscheidungsbereich der Gerichte gehörend und respektierte Entscheide der andern Staatsgewalten, wo sich ein Streit um politische Wahlen und Abstimmungen, um militärische Entscheidungen und Aktionen, um in Gang befindliche aussen- und wirtschaftspolitische Verhandlungen der Regierung drehte, sowie da, wo bestimmte Fragen nach dem klar erkennbaren Willen der Verfassungsschöpfer anderen Staatsorganen zum Entscheid überlassen sein sollten. Die blosse Tatsache hingegen, dass sich ein Bürger auf ein politisches Recht beruft, schliesst ihn nicht vom Schutz durch die Gerichte aus. In dieser Hinsicht hat der Supreme Court in seiner neueren Rechtsprechung den Begriff der «political question» etwas eingeschränkt und beispielsweise die parteiintern durchgeführten Primärwahlen den offiziellen Wahlen gleichgestellt[12] und die Wahlkreisgeometrie verschiedener Staaten korrigiert, wo offensichtlich die schwarze Minderheit benachteiligt wurde[13]. Auch im unlängst entschiedenen Pentagon Papers Case ist die Tendenz des Supreme Court sichtbar geworden, gerade in Fällen, die das First Amendment betreffen, den Begriff der nicht justitiablen politischen Frage sehr eng zu umschreiben[14].

### *3. Der Umfang der Normenkontrolle*

Wollte man Justice Roberts glauben, so wäre die sich dem Supreme Court stellende Aufgabe eindeutig:

«When an act of Congress is appropriately challenged in the courts as not conforming to the constitutional mandate the judicial branch of the government has only one duty – to lay the article of the Constitution which is invoked beside the statute which is challenged and to decide whether the latter squares with the former[15].».

Wie jedoch diese klar umrissene Aufgabe anzupacken, wie dieser von Madison errichtete «sacred trust»[16] zu verwalten sei, darüber herrschen unter

identify it as essentially a function of the separation of powers. Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question. Unless one of these formulations is inextricable from the case at bar, there should be no dismissal for nonjusticiability on the ground of a political question's presence.» Justice Brennan in Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 217 (1962).

Zur Bedeutung der politischen Akte im öffentlichen Recht der Schweiz vgl. M. Schilling, Die Unterstellung von Regierungsentscheiden unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1973, 112ff.

[12] United States v. Classic, 313 U.S. 299 (1941), Smith v. Allwright, 321 U.S. 649 (1944).

[13] Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

[14] The New York Times v. United States und United States v. The Washington Post, 403 U.S. 713 (1971). Vgl. auch C.A. Wright, 45f.

[15] United States v. Butler, 297 U.S. 1, 62 (1936).

[16] Black, Bill of Rights, 62.

den Richtern selber verschiedenste Auffassungen. In den Meinungsverschiedenheiten, die grundsätzlich um die Frage kreisen, in welchem Umfang der Supreme Court politische Verantwortung übernehmen darf oder muss[17], sind zwei Richtungen zu erkennen, die Passivisten auf der einen, die Aktivisten auf der andern Seite, obschon eine klare Trennungslinie nicht gezogen werden kann[18].

a) Die Passivisten (Das Prinzip des Judicial Restraint)

Die Passivisten zeichnen sich aus durch äusserste Zurückhaltung, wo es darum geht, Rechtsetzungsakte für verfassungswidrig zu erklären und aufzuheben. Ihrer Ansicht nach amtete der Supreme Court unzulässigerweise als dritte und oberste Legislativkammer, könnte er sein Ermessen und sein Werturteil an die Stelle desjenigen der beiden andern Kammern setzen[19]. Der Court muss gegenteils eine gesetzgeberische Entscheidung respektieren und gegen Anfechtungen schützen, sofern sie zumindest vertretbar erscheint, selbst wenn bessere, zweckmässigere Lösungen möglich wären:

«If a law is not so unwise that its provisions fall outside the area of reasonable judgment, a court in overturning it would be obeying not the command of the Constitution but its personal appraisal of what is wise[20].»

Die Verfechter des «judicial restraint» räumen den lokalen Behörden weites Ermessen ein[21] und sind überzeugt, dass bei verbesserungsbedürftiger Gesetzgebung Remedur nicht von den Gerichten, sondern von der Legislative selbst zu schaffen ist, auf die der Bürger seinen Möglichkeiten entsprechend Einfluss nehmen muss[22]. Hauptvertreter dieser Haltung unter den Richtern des Supreme Court waren in den vergangenen Jahren die Justices Frankfurter und Harlan der Jüngere, und heute zeigen sich vornehmlich die vier von Präsident Nixon ernannten Richter dieser Theorie verpflichtet[23].

Der Hauptvorwurf, der dem «judicial restraint» gegenüber erhoben wird, geht dahin, dass der Supreme Court unter passivistischer Mehrheit im Bestreben, nicht zu machtvoll aufzutreten, ins Gegenteil verfällt und den beiden andern Gewalten, die solche Rücksichten nicht kennen, zu wenig entschieden entgegentritt; dass also die oberste richterliche Behörde ihre eigene Macht beschränkt und damit Legislative und Exekutive zu grosse Kompetenzen

17 Krislov, 25.

18 Hand, 42ff., Chafee, Free Speech, 357f..

19 E. L. Richardson, 50, ferner Hand, 45, Kauper, 86, 112, sowie E. S. Corwin, Freedom of Speech and Press under the First Amendment, A Resumé, Yale Law Journal *30* (1920) 48ff.

20 W. Berns, Freedom, 178.

21 W. Mendelson, 828, Richardson, 54.

22 Mendelson, a. a. O.

23 Vgl. etwa die conc. op. von Chief Justice Burger in Perry v. Sindermann, 408 U. S. 593, 603f. (1972).

einräumt[24]. Ein allzu passivistischer Supreme Court scheint tatsächlich nicht in der Lage, die Verfassungsmässigkeit von Gesetzgebung und Gesetzesanwendung hinreichend zu prüfen und zu sichern[25].

b) Die Aktivisten

Nach ihrer Auffassung sind die Gerichte nicht nur berufen, sondern durch Article III der Federal Constitution verpflichtet, als Wächter über die Grundrechte gegen ungerechtfertigte Übergriffe der andern Staatsgewalten Abhilfe zu schaffen, sofern sie in gehöriger Weise angerufen werden[26]. «I am one who believes firmly that the Court must be vigilant against neglect of the requirements of our Bill of Rights and the personal rights that document was intended to guarantee for all time», erklärte Chief Justice Warren, mit den Justices Black und Douglas einer der überzeugtesten Verfechter der aktivistischen Haltung[27]. Eine zurückhaltende Praxis gegenüber gesetzgebender Gewalt und Verwaltung erachten sie für verfehlt, da die eigentlichen politischen Entscheidungen nicht mehr von den vom Volk gewählten Kammern im Plenum nach gewalteter Diskussion getroffen werden, sondern vorher in Ausschüssen, die von Vertretern der interessierten Kreise, vorab der Wirtschaftsgruppen und Sozialpartner, beeinflusst werden, von Gruppen, denen auch der Präsident verpflichtet ist[28]. Die Individualrechte jedoch, und insbesondere die ideellen Grundrechte, argumentieren die Aktivisten weiter, werden kaum je durch organisierte, finanzkräftige Gruppen verteidigt, weshalb der Schutz durch die Gerichte um so bedeutungsvoller und unentbehrlicher ist[29].

Obwohl die Aktivisten selbst die Funktion des Supreme Court als einer Super-Legislative verneinen[30], besteht die ihnen von Kritikern vorgeworfene Gefahr, dass sie unter dem Vorwand der Verteidigung verfassungsmässiger Rechte ihre eigenen Wertvorstellungen in die Verfassung zu projizieren versuchen. Kontroversen mit der Legislative und der Administration der Union und der Bundesstaaten sind – das beweist die Geschichte des Court – in Zeiten aktivistischer Mehrheit häufig und erbittert[31].

c) Der Einfluss des einzelnen Richters

Die neun Richter, die den Supreme Court jeweils bilden – es handelt sich fast ausnahmslos um hervorragende Persönlichkeiten, die sich als Richter, Rechts-

[24] Kritik bei KONVITZ, Fundamental Liberties, 276.
[25] Zur Kognition des Supreme Court vgl. HAUSHEER, 17ff., insbesondere 22–24.
[26] BRENNAN, Bill of Rights, 84.
[27] E. WARREN, 111.
[28] M. SHAPIRO, Judicial Modesty, 185f.; ähnlich HUBER, Grundrechte, 230.
[29] SHAPIRO, Judicial Modesty, 196f., DOUGLAS, Bill of Rights, 141.
[30] DOUGLAS, Bill of Rights, 141.
[31] Vgl. die Ausführungen bei W. HALLER, 85ff.

lehrer, Anwalt, Politiker oder in der Verwaltung ausgezeichnet haben –, sind von eigenen Grundrechtsvorstellungen und -wertungen geprägt und setzen sich unterschiedlich für die einzelnen Individualrechte ein, was sich in ihren Voten niederschlägt, so sehr sie sich um Verfassungstreue und Objektivität bemühen mögen. Wertungsfreie Verfassungsauslegung ist nicht denkbar, schon gar nicht bei der sehr generell gehaltenen amerikanischen Bundesverfassung, die in hohem Masse konkretisierungsbedürftig ist [32]. Der Einfluss des einzelnen Richters wird noch ganz erheblich dadurch verstärkt, dass die Urteile des Court, d.h. des einstimmigen Gerichts oder dessen Mehrheit, in aller Regel [33] nicht vom Gericht selber, sondern von einem der Justices begründet und eröffnet werden. Der Wahl desjenigen unter einer Mehrzahl von oft nur im Grundsatz übereinstimmenden Richtern, der die «opinion of the Court» verfassen soll [34], kommt höchste Bedeutung zu, denn er erhält Gelegenheit, den Entscheid in seinen Worten, nach seinen Anschauungen zu begründen und zu interpretieren. Was als Urteilsbegründung des Gerichts verkündet wird, stellt sich mitunter als Meinung eines einzelnen Richters heraus, und nicht selten werden nach dem Ausscheiden dieses Justices aus dem Supreme Court scheinbar überraschende Kehrtwendungen vollzogen, die als der Rechtssicherheit abträglich wiederholt lebhaft kritisiert worden sind [35]. Die sich oft rasch folgenden Praxisänderungen haben indessen auch ihre Verteidiger gefunden, darunter Justice Douglas:

«Short range changes in constitutional doctrine are not unusual, either as a result of a change in the Bench or a change in the view of the Justices themselves. And either seems a more honorable, a more frank course than failure to speak up or the announcement of a constitutional doctrine that a majority disapproves [36]».

Da die andern acht Richter frei sind, ihre teilweise oder grundsätzlich abweichenden Auffassungen ebenfalls darzulegen – eine Praxis, die sich gerade in grundsätzlichen Entscheiden durchgesetzt hat –, verstärkt sich der Eindruck,

[32] KAUPER, 123; HALLER, 70.

[33] Ausgenommen sind die meist nur summarisch begründeten «per curiam»-Entscheide.

[34] Wenn der Chief Justice mit der Mehrheit stimmt entscheidet er darüber, wer die Urteilsbegründung verfassen soll; gehört er zur Minderheit, so bestimmt der amtsälteste Justice der Mehrheit den Urteilsredaktor. Die opinion zirkuliert nach Fertigstellung bei den andern Richtern, die gleich gestimmt haben. Richter, die nur mit dem Ergebnis, nicht aber mit der Begründung einverstanden sind, haben Gelegenheit, sich in einer concurring opinion selbst zu äussern. Analog ist das Vorgehen der in Minderheit verbliebenen Richter, die in einer oder mehreren dissenting opinions ebenfalls zu Wort kommen.

[35] BORK, 1, KRISLOV, Political Freedom, 109; Justice Black, diss., in Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, 274 (1952): «I do not agree that the Constitution leaves freedom of petition, assembly, speech, press or worship at the mercy of a case-by-case, day-by-day majority of this Court.» Für die europäischen Verhältnisse HUBER, Garantie, 152af., SCHEUNER, 82. Oft wird ein neuer Fall nach seinem Sachverhalt von bestehenden Präjudizien unterschieden (distinguish on the facts), was ein weniger offensichtliches Abgehen von einer bisherigen Praxis erlaubt.

[36] DOUGLAS, Bill of Rights, 144.

dass der Supreme Court nicht eine Einheit darstellt, sondern eher ein heterogenes, aus verschiedensten Persönlichkeiten zusammengesetztes Gremium.

### d) Weitere Faktoren, die die Rechtsprechung des Supreme Court beeinflussen

Verschiedene Kommentatoren haben darauf hingewiesen, dass der Supreme Court als politisches Organ sich nicht erfolgreich über längere Zeit hinweg allgemeinen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Entwicklungen und Strömungen widersetzen kann[37] und seiner Aufgabe als Verfassungshüter besser gerecht wird, wenn er verfassungswidrige Erlasse Schritt für Schritt in Einzelfällen korrigiert, als wenn er sie mit kühnem Federstrich umfassend für nichtig erklärt. Beispiele scheinen die Richtigkeit der Behauptung zu belegen: Der Supreme Court musste seinen anfänglichen Widerstand gegen Präsident Roosevelts «New Deal»-Politik nach wenigen Jahren aufgeben, um nicht selber in seinem Machtbereich beschnitten zu werden, und die in weiten Volkskreisen als überstürzt und zu radikal abgelehnte Anerkennung aller Bürgerrechte für die schwarze Minderheit hat mit zur Weigerung des Senats beigetragen, der Ernennung des liberalen Justice Fortas zum Nachfolger von Earl Warren als Chief Justice zuzustimmen[38]. Demgegenüber konnte der Court der Unterstützung der Volksmehrheit und ihrer Vertreter in den Fällen sicher sein, in denen er sich vorherrschenden Tendenzen anpasste, etwa mit der Billigung der Kommunistenverfolgungen in den fünfziger Jahren oder in neuester Zeit mit seiner konservativeren Haltung in der Frage der Zulässigkeit von Veröffentlichungen mit sexuellem Inhalt[39]. Dennoch ist eine solche Politik der Anpassung fragwürdig. Dass sich das Hauptaugenmerk der Verfassungsgerichte den Veränderungen der politischen Verhältnisse und der Lebensbedingungen entsprechend immer wieder auf andere Rechtsgüter richtet[40], liegt in der Natur ihrer Aufgaben begründet. Dass sie sich in der Aufhebung gesetzlicher Erlasse Zurückhaltung auferlegen, ist ebenfalls ein berechtigtes Postulat[41]. Ob sie jedoch in allen Fällen dem Druck politischer Mehrheiten und populärer

[37] Vgl. etwa die Darstellung von McCloskey, ferner Kauper, 124; für die europäischen Verhältnisse Huber, Garantie, 152a f., Scheuner, 82.

[38] So Kalven, Warren Court, 294. Bei der Verhinderung der Wahl dürfte auch die Bekanntmachung der Tatsache eine Rolle gespielt haben, dass Fortas als Supreme Court Justice noch gut honorierte Nebenbeschäftigungen angenommen hatte: Haller, 81 f.

[39] Miller v. California, 413 U.S. 16 (1973), inzwischen abgeschwächt durch Jenkins v. Georgia, 418 U.S. 153 (1974).

[40] Nach McCloskey, 27f. und 103f., lassen sich drei Phasen unterscheiden: Die erste dauerte von 1789 bis zum Civil War, wobei das Hauptinteresse dem Verhältnis zwischen Union und States galt; vom Civil War bis 1937 stand der Schutz privater Wirtschaftsinteressen im Vordergrund, und seit 1937 nimmt die Rechtsprechung zu den ideellen und politischen Grundrechten den breitesten Raum ein. Im gleichen Sinn Black/Cahn, Interview, 552, Emerson, General Theory, 44f.

[41] Antieau, Constitutional Law, V, regt an, der Supreme Court sollte Bundesgesetze im formellen Sinn nur bei Einstimmigkeit aufheben dürfen. Noch zurückhaltender R. Zippelius, 201.

Bewegungen nachgeben sollen, wo dieses Nachgeben auf Kosten grundlegender Individualrechte geschieht, muss füglich bezweifelt werden. Im Gegenteil ist mit Justice Jackson vom Supreme Court Mut zur Unpopularität zu fordern:

«The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections [42].»

## 2. Abschnitt: Die das First Amendment betreffenden Auslegungsregeln des Supreme Court

### *1. Die Entstehung der Auslegungshilfen*

Eine Rechtsprechung zum First Amendment entstand erst gegen Ende des Ersten Weltkrieges, also vor kaum mehr als fünzig Jahren; eine erstaunliche Tatsache, die mehrere Gründe hat. Im 19. Jahrhundert bestand kein ausgeprägtes Interesse an den ideellen Grundrechten, und aufsehenerregende Einschränkungen dieser Rechte fehlten. Mitteilungs- und Verbreitungsmöglichkeiten waren begrenzter als heutzutage, daraus entstehende Konflikte seltener. Erst um 1920 tauchten die ersten, mit dem Kriegsgeschehen in Zusammenhang stehenden Kontroversen auf, die die Gerichte der Union zwangen, sich mit der Meinungsäusserungsfreiheit zu beschäftigen [43]. Wie diese ersten Entscheide mit Publikumswirkung – es handelte sich um Fälle, in denen die Rede- und Pressefreiheit für Sympathisanten des Deutschen Reiches eingeschränkt worden war – vom Supreme Court veröffentlicht wurden, ward mancher Bürger sich seiner geistigen Freiheiten recht eigentlich bewusst und begann sie entschlossener als zuvor zu verteidigen [44]. Diese Entwicklung verstärkte sich bis zum Ausbruch des Zweiten Weltkrieges unter dem Eindruck des Entstehens von Diktaturen in vielen Ländern, und nach 1945 hatten zahllose Amerikaner in oft Hexenverfolgungen gleichenden Kommunistenprozessen für ihre eigenen ideellen Grundrechte gegen eine repressive Staatsgewalt zu kämpfen. Wesentlichster Grund für die späte Entwicklung der Rechtsprechung zum First Amendment war jedoch der erwähnte Umstand, dass die Bill of Rights erst vom Gitlow-Case an nach und nach auf Erlasse der States angewendet werden konnte. Die Auseinandersetzung mit religiösen und politischen Randgruppen und rassisti-

[42] West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 638f. (1943).
[43] W.J. Brennan, Jr., Meiklejohn Interpretation, 1f.
[44] McCloskey, 181f.

schen Minderheiten, die die Hauptlast des Supreme Court ausmachen sollten [45], und die Beurteilung von Ehrverletzungen oder behaupteten Beeinträchtigungen der Versammlungsfreiheit waren bis dahin fast ausschliesslich Angelegenheit der Bundesstaaten gewesen. Die Zentralgewalt besass hier so gut wie keine Gesetzgebungskompetenzen, im Unterschied etwa zur Wirtschaftsfreiheit, die dank der «Interstate Commerce Clause» von Article I Section 3 der Unionsverfassung vom Kongress weitgehend geregelt werden konnte und die Bundesgerichte entsprechend häufig beschäftigte.

Schon früh versuchten die Richter des Supreme Court, ihren das First Amendment betreffenden Urteilen allgemeine Prinzipien oder Tests zugrunde zu legen, um eine zufällige, einzelfallweise Beurteilung zu vermeiden. Die Lösungsversuche – einzelne kühn und definitorisch den Schutzbereich der Grundrechte absteckend, andere nur vorsichtig eng begrenzte Bereiche umfassend – entwickelten sich teils nach-, teils nebeneinander. Die Unterscheidung der verschiedenen Auslegungshilfen und die Einordnung der Entscheide bereitet Schwierigkeiten, denn oft finden sich in einer Urteilsbegründung verschiedene Theorien miteinander verwoben [46], und die Anwendung eines bestimmten Tests sagt über den im konkreten Fall der Meinungsäusserungsfreiheit gewährten Schutz wenig aus; das Ergebnis kann ganz anders sein, je nachdem, welcher Justice einen Test anwendet oder welche Einschränkung angefochten wurde [47]. Gemeinsam ist den Schöpfern der Theorien das Bemühen, für die komplexen Probleme, die sich bei der Auslegung des First Amendment stellen, gewisse Richtlinien zu erarbeiten und einen befriedigenden Ausgleich zu erzielen zwischen den beiden entgegengesetzten Interessen, «the public interest in preventing the supposed evil and the public interest in preserving freedom of expression» [48], oder – in den Worten von ZECHARIAH CHAFEE – «to draw the line between liberty and license», die das Gesetz selber nicht ziehen kann [49].

### *2. Der «Clear and Present Danger»-Test*

Die ersten First Amendment-Fälle, die den Supreme Court beschäftigten, betrafen ein zentrales Problem, die Konfrontation zwischen der Rede- und Pressefreiheit und der Aufrechterhaltung der verfassungsmässigen Ordnung, insbesondere dem Schutz der nationalen Sicherheit in Kriegszeiten. Nach dem späten Eintritt der USA in den Ersten Weltkrieg wurden strenge bundes- und

[45] «It would not be a bad summary of the last three decades of First Amendment issues in the Court to say simply: Jehovahs Witnesses, Communists, Negroes.» KALVEN, Negro, 135f.
[46] F. R. STRONG, 55ff.
[47] K. L. KARST, 13.
[48] LOCKHARD/MCCLURE, Law of Obscenity, 367, ferner CHAFEE, Free Speech, 23.
[49] CHAFEE, Free Speech, IX.

einzelstaatliche Gesetze gegen die Hinderung der Kriegsanstrengungen und gegen Kollaboration mit dem Feind erlassen, darunter namentlich der Espionage Act vom 15. Juni 1917, aufgrund dessen die ersten Verurteilungen erfolgten, gegen die der Supreme Court angerufen wurde. Der erste Fall betraf den Generalsekretär der Sozialistischen Partei Amerikas, Schenck, der zusammen mit Parteigenossen wegen versuchter Störung von Rekrutierungen und Anstiftung zu Insubordination in der Armee zu einer hohen Gefängnisstrafe verurteilt worden war [50]. Der Supreme Court bestätigte das Urteil der Vorinstanz, und in der Begründung unternahm Justice Holmes, mit Zustimmung aller übrigen Richter [51], den Versuch, einen gangbaren Weg zur Interessenabwägung zwischen Meinungsäusserungsfreiheit und den Bedürfnissen nationaler Sicherheit zu weisen mit einer Formulierung, die unter dem Namen «clear and present danger»-Test berühmt wurde:

«The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree [52].»

Nach dem «clear and present danger»-Test von Holmes darf die freie Meinungsäusserung dann beschränkt werden, wenn eine Äusserung unter solchen Umständen oder in einem Zusammenhang erfolgt, dass für ein anderes Gut, das die Legislative schützen soll, eine klare, unmissverständliche und gegenwärtige, unmittelbar drohende Gefahr entsteht [53]. Der Supreme Court machte deutlich, dass das First Amendment nicht unbeschränkte Immunität einräume und dass deshalb nicht jede Äusserung irgendwelcher Form und irgendwelchen Inhalts geschützt werden würde [54]. Bald zeigten sich jedoch Differenzen, wo die Grenze zu ziehen sei. Während die Mehrheit der Justices geneigt war, jegliche Eingriffe des Staates zu schützen, betonten Holmes und sein Gesinnungsgefährte Justice Brandeis in mehreren Dissents [55] die Bedeutung eines freien Meinungsaustausches und -wettstreites in der Demokratie, der nur ausnahmsweise gesetzlich eingeschränkt werden dürfe; dann nämlich, wenn Äusserungen mit hoher Wahrscheinlichkeit in nächster Zukunft die Grundfesten des Staates erschüttern könnten, so wenn ein flammender Aufruf zum sofortigen gewaltsamen Umsturz ergehe. Im Urteil Whitney v. California [56] ergänzte Brandeis den «clear and present danger»-Test, indem er den von

[50] Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).
[51] Und nicht etwa, wie LOEWENSTEIN, 489, behauptet, in einem Dissent.
[52] 249 U.S. 52.
[53] R.K. CARR, 929, Loewenstein, 489, CH.J. ANTIEAU, Clear and Present Danger, 604ff.
[54] Justice Holmes in Frohwerk v. United States, 249 U.S. 204, 206 (1919).
[55] Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919), Pierce v. United States, 252 U.S. 239 (1920); CHAFEE, Free Speech, 108ff.
[56] 274 U.S. 357 (1927).

Holmes entwickelten Kriterien ein weiteres anfügte. Eine Einschränkung der freien Meinungsäusserung sei nur zulässig, wenn das befürchtete Übel schwerwiegend sei. Im Regelfall müsse Irrlehren – er dachte vor allem an politische Bewegungen – anders begegnet werden:

«If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence. Only an emergency can justify repression. Such must be the rule if authority is to be reconciled with freedom... Moreover, even imminent danger cannot justify resort to prohibition of these functions essential to effective democracy, unless the evil apprehended is relatively serious [57, 58].»

Der «clear and present danger»-Test in dieser weiterentwickelten Form, der die freie Meinungsäusserung vermehrt berücksichtigte und an die Rechtfertigung eines genügenden staatlichen Interesses höhere Anforderungen stellte, fand allerdings während eines Jahrzehnts keine Mehrheit; massgebend blieb die Formel, die Holmes im Schenck-Case aufgestellt hatte, und angewandt wurde sie von der konservativen Mehrheit des Court [59].

In anderen Fällen, die den Supreme Court zu jener Zeit beschäftigten, fand der «clear and present danger»-Test keine Anwendung; zu entscheiden waren etwa die Fragen, was als geschützte Ausdrucksform im Sinne des First Amendment gelten könne [60] und ob die Vorzensur von Zeitungen zulässig sei [61]. Das änderte sich im Jahre 1937 mit dem Urteil Herndon v. Lowry [62], als erstmals eine Mehrheit des Court gestützt auf Brandeis' Formulierung eine Verurteilung wegen angeblicher Anstiftung zu Aufruhr aufhob. Dieses Urteil bildete den Auftakt zu einer Reihe von Entscheiden, in denen der «clear and present danger»-Test in First Amendment-Fällen regelmässig herangezogen wurde, und zwar als generelle Auslegungshilfe und nicht nur da, wo die Meinungsäusserungsfreiheit im Widerstreit mit Interessen der nationalen Sicherheit stand. Cantwell v. Connecticut mag die damalige Haltung des Supreme Court illustrieren:

[57] 274 U.S. 377.

[58] In dieser opinion finden sich deutliche Anklänge an Jeffersons Worte in seiner ersten Inaugurationsrede: «If there be any among us who would wish to dissolve this Union, or change its Republican form, let them stand undisturbed as monuments of the safety with which error of opinion may be tolerated, where reason is left free to combat it.» Zitiert bei CH. BLACK, 88.

[59] «It would be naive to imagine that (the clear and present danger formula) is any more or less liberal than the high court justices who administer it», ANTIEAU, Clear and Present Danger, 639. Zur Weiterentwicklung des «clear and present danger»-Tests durch Holmes und Brandeis vgl. ferner CH. BLACK, 84f.

[60] Z. B. Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931), De Jonge v. Oregon, 299 U.S. 353 (1937).

[61] Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931).

[62] ZECHARIAH CHAFEE kommt in Free Speech, 397, zum Schluss, dass von allen des Aufruhrs angeschuldigten Personen, die den Supreme Court anriefen, Herndon der einzige gewesen sei, dessen Äusserungen unter den konkreten Umständen eine ernsthafte und aktuelle Gefahr ungesetzlicher Handlungen in unmittelbarer Zukunft hätten hervorrufen können.

«When clear and present danger of riot, disorder, interference with traffic upon public streets, or other immediate threat to public safety, peace, or order, appears, the power of the State to prevent or punish is obvious [63].»

Trotz heftiger Kritik von Justice Frankfurter, der die doktrinäre, undifferenzierte Anwendung des Tests bemängelte [64], blieb der «clear and present danger»-Test – in Verbindung mit der «preferred position»-Theorie [65] – während der vierziger Jahre die wichtigste Entscheidungshilfe, wo der Supreme Court wegen einer Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit angerufen wurde. Der Beginn des folgenden Jahrzehnts, der mit einem ersten Höhepunkt McCarthyistischer Kommunistenverfolgung zusammenfiel, sah das vorläufige Ende der Holmesschen Theorie: Ein personell entscheidend veränderter Supreme Court wandte im Dennis-Case [66], von dem noch zu sprechen sein wird [67], den Test zwar noch an, gab ihm aber eine ganz andere Bedeutung. Das Element der gegenwärtigen Gefahr als Voraussetzung für einschränkende Massnahmen wurde aufgegeben; nicht nur verschwörerische Umsturzhandlungen sollten verfolgt und bestraft werden können, sondern bereits Vorbereitungshandlungen. «If the ingredients of the reaction are present, we cannot bind the Government to wait until the catalyst is added», begründete Chief Justice Vinson die Haltung des Court [68]. Er hielt dafür, der heimliche Zusammenschluss zum Zweck der Organisation der amerikanischen Kommunistenbewegung, dessen Dennis und seine zehn Mitangeschuldigten überführt worden waren, habe an sich als genügend aktuelle Gefahr den Eingriff des Staates, das Verbot der Organisation und die Bestrafung ihrer Führer, gerechtfertigt. Einen Beweis, dass konkrete Pläne für den Umsturz der Regierung vorhanden seien, hielt das Gericht nicht für erforderlich.

Nach dem Dennis-Urteil glaubten viele Kommentatoren, dass Ende des «clear and present danger»-Tests sei gekommen [69], und auf mehreren Gebieten erklärte ihn der Court ausdrücklich für nicht anwendbar [70]. Von Zeit zu Zeit

[63] 310 U.S. 296, 307 (1940). Ähnlich Giboney v. Empire Storage Co., 336 U.S. 490, 507 (1949). Vgl. ferner die Darstellungen bei STRONG, 46ff., LOCKHARD/MCCLURE, Law of Obscenity, 365, KALVEN, Negro, 44, KONVITZ, Fundamental Liberties, 304. KAUPER, 68, erwähnt, «that one state court had, indeed, gone so far as to say that obscene publication could not be punished unless it presented a clear and present danger of immoral conduct».

[64] So in Bridges v. California, 314 U.S. 252 (1941), Pennekamp v. Florida, 328 U.S. 331 (1946).

[65] Vgl. unten 3. Kapitel.

[66] Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951).

[67] Vgl. unten 65f.

[68] 341 U.S. 511.

[69] So E.S. CORWIN, 358f., LOEWENSTEIN, 535, KALVEN, New York Times Case, 213f., derselbe, Warren Court, 297.

[70] «Libel and slander, group libel, privacy, obscenity, fighting words, picketing, and other situations ... are settled by doctrines more or less peculiar to such situations, to which the clear and present danger doctrine has no relevance», KONVITZ, Fundamental Liberties, 275. Vgl. Cox v. Louisiana, 379 U.S. 536 (1965) für Demonstrationen, Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957) für unzüchtige Veröffentlichungen. Ferner EMERSON, General Theory, 53.

tauchte er aber noch auf, so nach wie vor in Fällen behaupteter subversiver Aktionen gegen die Regierungsgewalt und da, wo eine Abwägung zwischen den Interessen protestierender Bürgerrechtskämpfer und dem Interesse an einer ungehinderten und ungestörten Tätigkeit der staatlichen Gerichte zu treffen war [71]. Schliesslich ist der Supreme Court unlängst in einem per curiam-Entscheid zumindest auf einem Gebiet dem Sinn nach von Dennis abgewichen und wieder zur ursprünglichen «clear and present danger»-Formel zurückgekehrt:

«Statutes affecting the right of assembly, like those touching on freedom of speech, must observe the established distinctions between mere advocacy and incitement to imminent lawless action [72].»

Ob dieses Urteil den Beginn eines neuen Aufschwungs der über fünfzig Jahre alten Auslegungshilfe und einer kritischeren Haltung der Gerichte gegenüber zu weitgehender staatlicher Sicherheitsgesetzgebung ist, bleibt abzuwarten. Viel wird von der zukünftigen politischen Entwicklung abhängen [73].

Der «clear and present danger»-Test hat seit seiner Begründung Angriffe aus den verschiedensten juristischen Lagern erdulden müssen. Von liberaler Seite ist bemängelt worden, er habe stets nur dazu gedient, einzelstaatliche Gesetze ausser Kraft zu setzen, sei aber nie verwendet worden, um Bundesgesetze ungültig zu erklären. Dadurch genössen gerade die wirksamsten Äusserungsformen keinen genügenden Schutz, und den bundesstaatlichen Sicherheitsorganen sei Tür und Tor geöffnet, missliebige Kritiker zum Schweigen zu bringen [74]. Konservative Kreise haben bemängelt, der Test berücksichtige die Bedürfnisse einer wirksamen Gesetzgebung zu wenig und sei nicht das geeignete Mittel, um der geplanten kommunistischen Weltrevolution zu wehren [75]. Die Kritiken sind zum Teil berechtigt; in der Tat vermag der «clear and present danger»-Test, der in jedem Fall ein konkretes Abwägen gegensätzlicher Interessen verlangt, keine Musterlösung anzubieten; er wurde von Holmes auch nicht zu diesem Zweck geschaffen, sondern als blosse Beweisregel aufgestellt [76]. Zudem wurde der Test im Laufe der Jahre zu stark ausgeweitet und auf Wertkonflikte angewandt, für die er nicht gedacht war und deshalb keinen befriedigenden Lösungsweg aufzuzeigen vermochte. Trotzdem kommt dem Schöpfer des Tests das Ver-

[71] Wood v. Georgia, 370 U.S. 375 (1962), New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964); BRENNAN, Meiklejohn Interpretation, 8.

[72] Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

[73] Optimistisch Harvard Law Review *85* (1971/72), Notes, The National Security Interest and Civil Liberties, 1137, skeptisch STRONG, 41.

[74] KONVITZ, Expanding Liberties, 117, MEIKLEJOHN, Self-Government, 75f., DOUGLAS, Right of the People, 54, derselbe, conc. op. in Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 452. EMERSON, General Theory, 51f., derselbe, System, 108.

[75] MCCLOSKEY, 194ff., BORK, 124f.

[76] STRONG, 44. R.B. MCKAY, 1203, BERNS, Virtue, 123f., Justice Frankfurter, conc., in Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 543 (1951).

dienst zu, den Konflikt zwischen den Forderungen nach Schutz der freien Meinungsäusserung und denjenigen nach Gewährleistung der staatlichen Sicherheit erstmals sichtbar gemacht und eine Lösung vorgeschlagen zu haben, die sich auf diesem Gebiet jedenfalls bewährt. Die Kritik aus dem liberalen wie aus dem konservativen Lager sollte auch heute den Richter nicht zu einem Verzicht auf die Anwendung des Tests bewegen; für einen Teil der First Amendment-Probleme ist dieses «working principle», im freiheitlichen Sinn seines Begründers Holmes ausgelegt, weiterhin nützlich [77].

### *3. Die Theorien des absoluten Schutzes*

Obwohl der Schutz der freien Meinungsäusserung durch die Anwendung des «clear and present danger»-Tests ausgeweitet wurde, regten sich Kräfte innerhalb und ausserhalb der Gerichte, die die Grundrechte des First Amendment noch besser gewährleistet sehen wollten. Ihre Auffassungen haben zwar bis heute am Supreme Court keine Mehrheit gefunden, sie haben jedoch die Diskussionen um Wert und Stellung der ideellen Grundrechte entscheidend beeinflusst. Drei hauptsächliche Theorien sind dabei zu unterscheiden.

#### a) Der Absolutismus von Justice Black

Black, unterstützt vor allem von Justice Douglas, geht aus vom Text des First Amendment, nach dem keine Einschränkungen der darin garantierten Grundrechte zulässig seien: «It is my belief that there are ‚absolutes' in our Bill of Rights, and that they were put there on purpose by men who knew what words meant, and meant their prohibitions to be ‚absolutes'», äusserte Black seine Überzeugung [78], und Douglas wies in seinem Dissent in Ginzburg v. United States auf die im Vergleich zu den Verfassungen anderer Länder – er zog unter anderem auch Art. 55 BV heran – besonders ausgestaltete Garantie freier Meinungsäusserung in der Bill of Rights hin, die keine Einbrüche gestatte: «If our Constitution permitted ‚reasonable' regulation of freedom of expression ... we would be in a field where the legislative and the judiciary would have much leeway. But under our charter all regulation or control of expression is barred [79].» Statt den Bürger zu bevormunden und ihm orthodoxes Denken vorzuschreiben, so glauben Black und Douglas in deutlicher Anlehnung an Holmes' Idee des «free marketplace of ideas», hat sich der Verfassungsgeber für grösstmögliche Freiheit des Einzelnen entschieden; nur aus ungehinderter, vielstimmiger Diskussion und Kritik entsteht der fruchtbare Meinungsaus-

[77] So auch Ch. J. Antieau, Constitutional Law, VII, derselbe, Clear and Present Danger, 639f., Norris, 92f.

[78] Black, Bill of Rights, 45.

[79] 383 U.S. 463, 491 (1966).

tausch, in welchem sich davon sind die Verfechter der Theorie unbedingt überzeugt – die vernünftigen, für das Gemeinwohl besten Lösungen durchsetzen [80]. Das gilt für politische Meinungsäusserungen im besonderen, darüberhinaus aber für alle Gebiete menschlicher Kommunikation [81]. Ehrverletzungsprozesse politischer Äusserungen wegen finden in ihrer Theorie keinen Platz; selbst scharfe, unsachliche Angriffe sind Beiträge zur staatlichen Willensbildung, deren Unrichtigkeit in Erwiderungen darzulegen ist [82]. Veröffentlichungen erotischen Inhalts dürfen nicht einfach deshalb verboten werden, weil sie einer Zensurbehörde als über irgendwelche Massstäbe – die die Zensurbehörde selber aufgestellt hat! – hinausgehend erscheinen [83].

Bei aller zu gewährenden Freiheit ziehen auch Black und Douglas Grenzen: Der Staat darf Versuche zu seiner Zerstörung nicht untätig hinnehmen; seine Anstrengungen zur Wahrung der Unabhängigkeit im Krieg und seine Bemühungen zur Erhaltung von Ruhe und Ordnung in Friedenszeiten als verfassungsmässige Hauptziele staatlichen Handelns dürfen nicht behindert werden. Deshalb versagen Black und Douglas den First Amendment-Schutz da, wo nicht mehr nur reine Äusserungen in Frage stehen, wo vielmehr die Kundgabe einer Meinung mit einer Verhaltensweise verbunden wird, die geeignet ist, die Freiheit anderer zu beeinträchtigen, Druck auszuüben und damit den freien Meinungswettstreit zu stören. In ihre Sprache übersetzt, gilt es zu unterscheiden zwischen «pure speech» auf der einen Seite, die unter keinen Umständen beschränkt werden darf, und «conduct» oder «speech plus» auf der andern Seite. Zur zweiten Kategorie von Äusserungen, die staatlichen Beschränkungen unterworfen werden dürfen, gehören beispielsweise Demonstrationen aller Art, die Anstiftung zu strafbaren Handlungen, das gewaltsame Durchsetzen eines Streiks, Verbalinjurien und die uneingeschränkte Verwendung von Lautsprechern zur Verbreitung von Reden [84]. Zudem dürfen auch für an sich erlaubte Äusserungen Vorschriften bezüglich Ort und Zeit verfügt werden [85]. Für Black ist wesentlich die strikte Ablehnung jeglichen Abwägens durch den Richter: «I believe that the First Amendment's unequivocal command that there shall be no

[80] Black/Cahn, Public Interview, 555; Justice Black, diss., in Barenblatt v. United States, 360 U.S. 109, 145f. (1959), derselbe, Bill of Rights, 61.

[81] «An unconditional right to say what one pleases about public affairs is what I consider to be the minimum guarantee of the First Amendment.» Justice Black, conc., in New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 297 (1964); gleich Black, conc., in Speiser v. Randall, 357 U.S. 513, 530 (1958). Ferner E. Cahn, Firstness, 480.

[82] 376 U.S. 254, 296 und Justice Black, diss., in Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, 272 (1952).

[83] Justice Douglas, diss., in Roth v. United States, 354 U.S. 476, 512 (1957).

[84] Vgl. die Begründungen von Black und Douglas in West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 644 (1943; Black, conc.), Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77, 104 (1949; Black, diss.), Feiner v. New York, 340 U.S. 315, 326 (1951; Black, diss.), Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 581, 590 (1951; Douglas, diss.), Gregory v. City of Chicago, 394 U.S. 111, 125 (1969; Black, conc.).

[85] Justice Black in Martin v. Struthers, 319 U.S. 141, 143 (1943).

abridgment of the rights of free speech and assembly shows that the men who drafted our Bill of Rights did all the ‚balancing' that was to be done in this field», äusserte Black in Konigsberg v. State Bar of California[86] seine Überzeugung und setzte sich kritisch mit der gegenteiligen Auffassung der Justices Frankfurter und Harlan auseinander[87]. Der Richter muss, so lautet seine Forderung, die von den Verfassungsschöpfern vorgenommene Wertung auf den Fall vor ihm anwenden, er darf aber nicht seine eigenen Präferenzen ins Spiel bringen, denn eine neue Wertordnung kann nur durch Verfassungsänderung eingeführt werden[88].

Vier Bemerkungen sind zu dieser Theorie anzubringen. Zunächst fällt auf, dass Black – nicht aber Douglas – seine Ansichten über die Bedeutung des First Amendment im Laufe seiner langjährigen Tätigkeit am Supreme Court mehrmals änderte, indem er, nach anfänglicher Zurückhaltung, in den vierziger und fünfziger Jahren vehement für einen umfassenden Schutz der ideellen Grundrechte eintrat, zuerst als Sprecher der Mehrheit, später oft als Dissenter, ehe er in den Jahren vor seinem Tod eine wachsende Bereitschaft zu Kompromissen bekundete, den Bereich der «pure speech» enger umgrenzte und namentlich für einen verstärkten Schutz auch der Eigentumsgarantie und des Rechts auf Privatsphäre auf Kosten des First Amendment einzustehen begann[89]. Zum zweiten stammen manche seiner kämpferischsten Formulierungen aus Dissents, was ein Urteil über seine wahren Ansichten erschwert, da sich die Richter in abweichenden Meinungen oft weniger zum konkreten Sachverhalt äussern als vielmehr generell zum Problemkreis, zu dem der Fall gehört[90]. Ferner ist nicht zu übersehen, dass Black trotz seiner Ablehnung des richterlichen Abwägens selber zu dieser Auslegungsmethode greifen musste, wo er einen Gesetzeserlass gegenüber den Ansprüchen des First Amendment durchsetzen wollte[91]. Endlich kann ihm der Vorwurf nicht erspart werden, in seinen opinions trotz der häufigen Hinweise auf den wahren Willen der Verfassungsschöpfer vor allem seinen eigenen Wertvorstellungen Ausdruck gegeben zu haben[92].

[86] 366 U.S. 36 (1961).

[87] Ibid., 61.

[88] Time, Inc. v. Hill, 385 U.S. 374, 399 (1967; Black, conc.). Black, Bill of Rights, 63, Cahn, Firstness, 475, Ch. Reich, 742, R. Decker, 1339f.

[89] Reich, 680, Decker, 1344ff. Typisch für Blacks Wandlung zum Nachteil des First Amendment ist seine opinion im erwähnten Fall Gregory (oben Anm. 84): «Perhaps worse than all other changes, homes, the sacred retreat to which families repair for their privacy and their daily way of living, would have to have their doors thrown open to all who desired to convert the occupants to new views, new morals, and a new way of life.» Vgl. weiter Rowan v. Post Office Departement, 397 U.S. 728 (1969).

[90] Reich, 695f., Kalven, Negro, 43.

[91] Krislov, 108, Kalven, Public Forum, 27f., Decker, 1336.

[92] Haller, 73; P. Kauper, The First Ten Amendments, American Bar Association Journal *37* (1951) 717ff., 783.

Die Theorie ist fragmentarisch geblieben – nichts deutet darauf hin, dass Justice Douglas sie in jüngster Zeit weiterentwickelt hätte –, und die Unterscheidung zwischen «speech» und «conduct» vermag in dieser Form nicht zu befriedigen. Die hervorragende Leistung von Black und Douglas besteht darin, immer wieder die geistige Freiheit des Individuums gegen übersteigerte Sicherheits- und Machtbedürfnisse des Staates entschlossen verteidigt zu haben; eine mutige Haltung in der Zeit hysterischer Kommunistenverfolgungen nach dem Zweiten Weltkrieg.

b) Alexander Meiklejohns Theorie

Wie Justice Black geht auch Professor Meiklejohn [93] vom seines Erachtens unmissverständlichen Text des First Amendment aus; er betrachtet die Bestimmung nicht als isolierte Garantie einiger weniger bestimmter Freiheitsrechte, sondern setzt sie in Beziehung zum übrigen Verfassungstext. Insbesondere in der Präambel [94], in Article I Section 2 der Federal Constitution [95] und im Tenth Amendment [96] findet er ergänzende Bestimmungen, aus denen erst sich der wahre Inhalt des First Amendment eröffnet. Ziel der «founding fathers» war nach Meiklejohn, Selbstverwaltungs- und Selbstbestimmungsrecht des Volkes zu gewährleisten und damit «to deny to all subordinate agencies authority to abridge the freedom of the electoral power of the people» [97]. Nicht gestützt auf Naturrecht, sondern aus der Notwendigkeit heraus, das allgemeine Wahlrecht als Verkörperung der Volkssouveränität zu sichern, sei die freie Meinungsäusserung in der Verfassung verankert worden [98]. Sie erstrecke sich jedoch – und hier unterscheidet sich Meiklejohn grundlegend von Black – nicht auf beliebige Äusserungen, sondern nur auf jene, die mit dem politischen Willensbildungsprozess in Zusammenhang stünden:

«The First Amendment, as seen in its constitutional setting, forbids Congress to abridge the freedom of a citizen's speech, press, peaceable assembly, or petition, whenever those activities are used for the governing of the nation [99].»

Der in diesem Umfang gewährleistete Gedankenaustausch soll jedem Stimmbürger die Möglichkeit verschaffen, an der Bewältigung der sich einer demokra-

[93] Der im Jahre 1965 verstorbene MEIKLEJOHN war nicht Jurist, sondern Professor der Philosophie.

[94] «We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquillity, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish the Constitution for the United States of America.»

[95] Hier vor allem Ziff. 1: «The House of Representatives shall be composed of members chosen every second year by the people of the several states...».

[96] Vgl. oben S. 25 Anm. 90.

[97] MEIKLEJOHN, Absolute, 253, derselbe, Self-Government, 18, und First Amendment, 464f.

[98] MEIKLEJOHN, Self-Government, 79, BRENNAN, Meiklejohn Interpretation, 11f.

[99] MEIKLEJOHN, Absolute, 256, ähnlich BORK, 26ff.

tischen Selbstverwaltungskörperschaft stellenden Probleme mitzuwirken [100]. Meiklejohn erläutert die Funktion der First Amendment-Rechte mit Vorliebe am Beispiel des «town meeting», der Bürgerversammlung mit ihren demokratischen Spielregeln. Jeder, der zu einer Sachfrage Stellung beziehen will, soll sprechen dürfen. Er darf sich aber nur zu der zur Diskussion stehenden Frage äussern; schweift er ab, so ist er zur Ordnung zu rufen. Sind – soweit ersichtlich – alle wesentlichen Argumente vorgebracht worden, darf der Vorsitzende ohne Verletzung der Redefreiheit den Schluss der Diskussion verfügen. Wesentlich erscheint ihm, dass die Bürger sich friedlich zusammenfinden dürfen, dass sie umfassend informiert und mit den sich stellenden Fragen konfrontiert werden, dass die Argumente pro und kontra gehört werden, nicht aber, dass jedermann zu Wort kommt: «The town meeting is not a Hyde Park. It is a parliament or congress [101].» Den Rednern, die sich an die Spielregeln halten, soll dafür gewissermassen eine parlamentarische Immunität gewährt werden [102]. Deutlich gibt damit Meiklejohn zu verstehen, dass er das First Amendment als Institutsgarantie, nicht aber als Individualrecht begreift. Der privaten Meinungsäusserungsfreiheit versagt er zwar eine gewisse Anerkennung nicht, aber er leitet sie nicht aus dem First, sondern als «liberty of speech» aus dem Fifth Amendment ab und folgert, dass sie wie die andern dort genannten Grundrechte beschränkt werden darf, sofern die Erfordernisse des Due Process erfüllt sind [103]. Eine Bestrafung ehrverletzender, blasphemischer, unzüchtiger, aufwieglerischer oder verräterischer Äusserungen erachtet er als mit dem First und dem Fifth Amendment vereinbar und geradezu geboten [104]; eine Unterscheidung zwischen «speech» und «action» lehnt er ab [105].

Meiklejohns Theorie ist vor allem in zweifacher Hinsicht kritisiert worden. Zum einen ist ihr vorgeworfen worden, die Entstehungsgeschichte des First Amendment liefere keinen Anhaltspunkt für eine Trennung von «public speech» und «private speech», zum andern wird bemängelt, eine befriedigende Umschreibung des Begriffes «public speech» sei schlechthin nicht möglich. Werden die Grenzen eng gezogen, so bleiben wesentliche Bereiche menschlicher

[100] MEIKLEJOHN, Self-Government, 75. Vgl. ferner sein «Testimony on the Meaning of the First Amendment Rights» vor dem Senate Subcommittee on Constitutional Rights vom 14. November 1955.

[101] MEIKLEJOHN, Self-Government, 25, derselbe, Absolute, 261, und Testimony, 119; ferner KALVEN, Public Forum, 23.

[102] MEIKLEJOHN, Absolute, 256. So auch Yale Law Journal *82* (1973), Notes, Privacy in the First Amendment, 1464, zur Haltung MEIKLEJOHNS: «Speech provides information, the raw material from which citizens can make self-governing choises.»

[103] MEIKLEJOHN, Self-Government, 36f., ferner KALVEN, Alexander Meiklejohn, 315, ABRAHAM, 202f.

[104] MEIKLEJOHN, First Amendment, 473, derselbe, Self-Government, 20f.

[105] Ibid., 40. Auch KALVEN, Public Forum, 23, ist dieser Ansicht; die Unterscheidung führe zu keinen brauchbaren Ergebnissen, denn: «If it is oral, it is noise and may interrupt someone else; if it is written, it may be litter.»

Kommunikation, etwa auf dem Gebiet der Künste und der Wissenschaften, vom verstärkten Schutz ausgeschlossen; steckt man die Grenzen weit, indem alle Äusserungen, die für die menschliche Gemeinschaft von Belang sind, einbezogen werden, dann wird jede Definition zu vage [106]. Die Ergänzungen, die Meiklejohn aufgrund der geäusserten Kritiken angebracht hat, machen dies deutlich. Er bezieht Wissenschaft, Erziehung, Literatur und Kunst sowie allgemein die «public discussion of public issues» in seinen «public speech»-Bereich ein, bleibt aber nicht unerwartet im rein Begrifflichen, Tautologischen stecken [107].

Die Theorie ist als Ganzes unbefriedigend, aber Meiklejohns Ruf nach besonderer Gewährleistung der zur staatsbürgerlichen Tätigkeit gehörenden Reden, Schriften und Versammlungen ist gerechtfertigt und beim Supreme Court nicht ungehört verhallt. Im bedeutenden Urteil New York Times v. Sullivan [108], in dem der Court die Klage eines hohen Polizeifunktionärs aus Alabama gegen die liberale Zeitung wegen der Publikation eines angeblich ehrverletzenden, von einer Bürgerrechtsgruppe verfassten Inserates abwies, zeigte Justice Brennan grosses Interesse an einer möglichst umfassenden Diskussion aktueller Fragen; diese Diskussion müsse «uninhibited, robust and wide-open» sein [109]. Begreiflich, dass der greise Meiklejohn das Urteil als eine «occasion for dancing in the streets» begrüsste [110].

c) Die «Full Protection Theory» von T. I. Emerson

Bisher haben erst zwei Rechtslehrer, beide liberaler Prägung, das Wagnis unternommen, sich mit den durch das First Amendment und seine Auslegung durch den Supreme Court geschaffenen Problemen umfassend auseinanderzusetzen. Professor Zecharia Chafee von der Harvard University untersuchte kurz nach dem Ende des Ersten Weltkrieges in seinem Buch «Free Speech in the United States» die sich damals stellenden Fragen, wobei er sich eindeutig auf die Seite von Holmes und Brandeis schlug. In einer späteren Überarbeitung vermochte er die Entwicklungen bis zum Beginn des Zweiten Weltkrieges zu berücksichtigen [111]. Die seither ergangene Flut höchstrichterlicher Entscheidungen wurde erst dreissig Jahre später systematisch gesichtet und analysiert: Im Jahre 1970 veröffentlichte Thomas I. Emerson, Professor an der Yale

[106] Vgl. die Kritiken von EMERSON, System, 541, KRISLOV, 97, ABRAHAM, 203, und insbesondere Z. CHAFEE, Harvard Law Review *62* (1949) 891 ff., in einer Rezension der ersten Auflage von Self-Government.

[107] MEIKLEJOHN, Absolute, 21.

[108] 376 U.S. 254 (1964).

[109] Ibid., 270.

[110] BRENNAN, Meiklejohn Interpretation, 20, KALVEN, New York Times Case, 191 ff., REDISH, 436.

[111] Die Neubearbeitung stammt von 1941, letzter Neudruck 1964.

University, nach sorgfältigen Vorarbeiten [112] sein Werk «The System of Freedom of Expression» [113].

Wie Black geht auch Emerson davon aus, dass die Verfassungsschöpfer, die um die wichtigsten Aufgaben des Staates wussten und die verschiedenen Grundrechte wertabwägend zueinander in Beziehung setzten, das First Amendment absichtlich so absolut fassten; denn «thought and communication are the fountainhead of all expression of the individual personality. Freedom at this point is essential to all other freedoms» [114]. Um die freie Meinungsäusserung im weitesten Umfang zu sichern und sie gegenüber andern grundlegenden gesellschaftlichen und politischen Staatszielen abzugrenzen, deren Berechtigung er keineswegs leugnet, trifft Emerson – ähnlich Black – die grundlegende Unterscheidung zwischen «expression» und «action». Was im Einzelfall als «expression» eingestuft wird, soll den absoluten Schutz erhalten, den das First Amendment verheisst; Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsakte, die gegen derart geschützte Ausdrucksformen gerichtet sind, gelten entweder eo ipso als nichtig oder dürfen jedenfalls in concreto nicht durchgesetzt werden. Auf der andern Seite unterstehen Handlungsweisen, die als «action» eingestuft werden, gesetzlicher Kontrolle; sie dürfen eingeschränkt werden, auch wenn sich ihre Urheber auf die ideellen Grundrechte berufen. Emerson fragt somit nicht, ob eine bestimmte Kategorie von Äusserungen eine Gefahr für die staatliche Sicherheit hervorruft, ob und wie sie gegen einen anderen Grundwert abzuwägen ist und ob sie eine ungünstige Wirkung auf gewisse Kreise ausüben könnte; er untersucht vielmehr, ob eine bestimmte Äusserung als geeignetes und angemessenes Mittel zur Verbreitung von Gedanken, Ideen und Postulaten anzusehen ist, ferner, ob dieses Element im Vordergrund der Äusserung steht oder von andern Absichten überlagert und nur zum Schein geltend gemacht wird [115]. Im Gegensatz zu Black, dessen Abgrenzungskriterien undifferenziert, schematisch erscheinen, gibt Emerson dem Richter genaue, fallbezogene und doch allgemein gültige Anweisungen, wie bestimmte Äusserungen einzustufen sind. Beispielshaft ist seine Abgrenzung im Bereich kollektiver Äusserungen im Rahmen öffentlicher Versammlungen:

«In general all forms of verbal communication customarily used in public assemblies must be classified as ‚expression'. This would include speech, writing, signs, singing, dramatic performances, the shouting of slogans, and the like. In addition, all nonverbal conduct that is an integral part of assembly would normally be considered ‚expression'.

[112] Emerson, General Theory, erstmals gedruckt in Yale Law Journal *72* (1963) 877, Freedom of Association (1964), Emerson Dorsen/Haber, Political and Civil Rights in the United States (3. Aufl. 1967).

[113] In dieser Arbeit wird nach der Vintage Books Ed. von 1971 zitiert.

[114] Emerson, General Theory, 6f.

[115] Emerson, Freedom of Association, 293.

This would include the holding of a meeting, marching, carrying signs, gestures, display of symbols, door-to-door canvassing, and similar conduct. Patrolling up and down would also constitute ‚expression' except insofar as it amounted to a signal for the exertion of organized economic pressure [116]».

Emerson fügt bei, auch die blosse Präsenz selbst einer grossen Anzahl von Menschen auf Strassen und Plätzen zu den genannten Zwecken sei als geschützte Äusserungsform anzusehen [117]. Diesen Formen stellt er gegenüber jegliche Anwendung physischer Gewalt gegen Personen oder Eigentum:

«A sit-in, lie-in, or chain-in, in which the physical occupation of territory is used as a form of pressure, would normally constitute ‚action'. So would the obstruction of traffic, or obstruction of ingress or egress, when undertaken for the purpose of physical interference. Disruption of a meeting by moving about or making noise must also be counted as ‚action'. Likewise, wearing of masks or uniforms under circumstances implying the use of force or violence would be put in the same category. Some conduct of purely verbal nature, such as the issuance of a command or directions to engage in violence, would also come within the definition of ‚action' [118].»

Wo sich «expression» und «action» verbinden, beispielsweise im Fall einer radikalen politischen Vereinigung, die ihre Ziele einerseits mit demokratischen Mitteln, daneben aber insgeheim auch mit Gewaltakten durchzusetzen versucht, zieht Emerson einen klaren Trennungsstrich zwischen erlaubten Äusserungen und verpönten Handlungen einerseits, den für diese «action» verantwortlichen Personen und den übrigen Mitgliedern oder Sympathisanten der Bewegung anderseits. Generelle Parteiverbote und umfassende Bestrafungen aufgrund einer Art Kollektivschuld lehnt er in Kenntnis der trüben Erfahrungen ab, die mit den Kommunistenverfolgungen der fünfziger Jahre gemacht wurden. Das einzelne Mitglied einer Vereinigung darf nur verfolgt und bestraft werden, wenn es an einer verbotenen Handlung wesentlich beteiligt war [119]. Dem System freier Meinungsäusserung, fordert Emerson, muss nach dem Willen der «founding fathers» ein weiter Spielraum eingeräumt werden; einschränkende Gesetze müssen die Ausnahme bilden, und die Erlasse müssen präzise, eng umschrieben, und ihre Anwendung muss leicht überprüfbar sein [120].

Emersons «full protection theory» stellt den bisher umfassendsten und überzeugenden Lösungsversuch dar, wie die ideellen Grundrechte zu schützen sind. Sie verwirklicht ein freiheitliches Schutzsystem für diese Freiheiten, ohne aber die Bedeutung konkurrierender Grundrechte zu unterschätzen oder die

[116] Emerson, System, 293.
[117] Ibid.
[118] Ibid., 293f.
[119] Emerson, System, 139ff., 264ff., derselbe, General Theory, 85, und Freedom of Association, 33.
[120] Emerson, General Theory, 19f.

Aufgabe des Staates zu verkennen, die Sicherheit zu gewährleisten und die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten, wie dies Black und Meiklejohn wegen ihrer absoluten Ansprüche vorgeworfen werden könnte [121].

Ein Vergleich mit Blacks Theorie lässt auf den ersten Blick wesentliche Übereinstimmung vermuten. Beiden ist eigen die grundsätzliche Unterscheidung zwischen blossen Verbalhandlungen und eigentlichen Tathandlungen [122], beide wollen «pure speech» nahezu bedingungslos schützen. Emersons Theorie ist jedoch ausgereifter, differenzierter und deshalb wirklichkeitsnaher als diejenige von Black, wobei allerdings dessen Ansichten nach und nach, in seinen Urteilsbegründungen, entwickelt wurden. Der wesentlichste Unterschied liegt wohl darin, dass Emerson in den Fällen, in denen sich Äusserung und Verhaltensweise verbinden und das dürfte bei den weitaus meisten Sachverhalten der Fall sein –, die freie Meinungsäusserung grosszügiger zu bewahren bereit ist als Black [123].

Der Supreme Court hat bisher noch wenig Bereitschaft gezeigt, den von Emerson vorgezeichneten Weg einzuschlagen. Er hat zwar wiederholt die Unterscheidung zwischen «speech» oder «expression» und «action» oder «conduct» ebenfalls getroffen; er hat dabei aber den Bereich geschützter Äusserungen stets erheblich enger eingegrenzt als Emerson [124].

### *4. Die Wertabwägungstheorien – Balancing of Interests*

Im Gegensatz zum «clear and present danger»-Test fanden die absoluten Theorien, namentlich diejenige von Justice Black, am Supreme Court nie eine Mehrheit. Ein Teil der Richter, vor allem Justice Frankfurter, weigerte sich beharrlich, derart umfassenden und starren Prinzipien zuzustimmen, die sie als dem Einzelfall nicht angemessen und die Interessen des Staates vernachlässigend betrachteten. Den absoluten Theorien stellten sie Formeln entgegen, die das Prinzip der fallbezogenen Wertabwägung statuieren.

#### a) Das ad hoc Balancing

Nicht zufällig fiel das Aufkommen des Balancing-Tests mit der Entstehung einer neuen, konservativeren Mehrheit am Supreme Court und dem Beginn

[121] Antieau, Clear and Present Danger, 631.
[122] Bosshart, 173.
[123] Emerson, System, 295f.
[124] Die vom Supreme Court anerkannte Unterscheidung zwischen «speech» und «conduct» ist natürlich vor allem dem Einfluss der Justices Black und Douglas zuzuschreiben, und nicht den Postulaten von T. I. Emerson. Vgl. Giboney v. Empire Storage Co., 336 U.S. 490 (1949), Bates v. City of Little Rock, 361 U.S. 516 (1960), N.A.A.C.P. v. Button, 371 U.S. 415 (1963), Cox v. Louisiana, 379 U.S. 536 (1965), Lamont v. Postmaster General, 381 U.S. 301 (1965), Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503 (1969).

systematischer Verfolgung linksgerichteter Kreise zusammen. Die Richtermehrheit war bereit, sich von der in den vierziger Jahren geübten liberalen Praxis loszusagen und – angesichts der vermeintlichen Gefahr einer grossangelegten Unterwanderung Amerikas durch kommunistische Agenten – willens, die nationale Sicherheit auch auf Kosten der geistigen Freiheit gewährleisten zu helfen. Zunächst allerdings sollten nach Ansicht von Chief Justice Vinson nur eng begrenzte, höchstens indirekte Einschränkungen der ideellen Grundrechte in Kauf genommen werden:

«When particular conduct is regulated in the interest of public order, and the regulation results in an indirect, conditional, partial abridgment of speech, the duty of the courts is to determine which of the conflicting interests demands the greater protection under the particular circumstances presented [125].»

War damit eine Bresche in die liberalen Theorien geschlagen, so setzte Justice Frankfurter ein Jahr später im Dennis-Case zum Frontalangriff gegen den «clear and present danger»-Test und jeglichen Absolutismus an:

«The demands of free speech in a democratic society as well as the interest in national security are better served by candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process, than by announcing dogmas too inflexible for the problems to be solved [126].»

Die Judikative, führte er weiter aus, habe bislang ihre Kompetenzen überschritten:

«Primary responsibility for adjusting the interests which compete in the situation before us necessarily belongs to Congress. The courts are to set aside the judgment of those whose duty it is to legislate only if there is no reasonable basis for it [127].»

Dass Frankfurter diese Ideen in einer von keinem andern Richter unterstützten concurring opinion äusserte – für eine Pluralität von vier Richtern stützte Chief Justice Vinson die Bestätigung der Verurteilung der zwölf führenden Mitglieder des Zentralkomitees der Kommunistischen Partei Amerikas wegen versuchten Umsturzes wenigstens dem Buchstaben nach auf den «clear and present danger»-Test –, tat ihrer Bedeutung für die Rechtsfortbildung keinen Abbruch. Im Gegenteil ist zu vermuten, dass sich Frankfurter absichtlich nicht Vinsons Begründung anschloss, um seine Ansichten frei äussern zu können, ohne auf Bedenken oder Wünsche anderer Richter Rücksicht nehmen zu müssen. Deutlich betonte er die wesentlichen Kriterien des richterlichen Abwägens, das allein zu befriedigenden Ergebnissen führe: Danach sind die von beiden Seiten geltend gemachten Interessen auf ihre Bedeutung hin zu untersuchen, wobei auf der Seite des Staates vor allem geprüft werden muss, aus welchen Gründen und zur Abwehr welcher Gefahren der Gesetzgeber den

[125] American Communications Association v. Douds, 339 U.S. 382, 399 (1950).
[126] Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 524 (1951).
[127] Ibid., 524f.

Erlass verabschiedet hat, der die freie Meinungsäusserung tangiert; die vom Kongress getroffene Wertung ist vom Richter nachzuvollziehen, nicht aber unabhängig neu zu treffen, denn «free speech-cases are not an exception to the principle that we are not legislators, that direct policy-making is not our province» [128]. Nicht schon dann, wenn der Richter einen gesetzgeberischen Entscheid als zwar möglich, aber systemfremd oder unglücklich einstuft, darf er die betreffende Bestimmung eines Erlasses aufheben und an ihre Stelle die seines Erachtens sachgerechtere Lösung setzen, sondern erst, wenn die Legislative unter Missbrauch des ihr zugestandenen weiten Ermessens ein zu umfassendes, dem in Frage stehenden Grundrecht in keiner Weise gerecht werdendes Gesetz erlassen hat. Der absoluten Theorie Blacks stellt Frankfurter ein pragmatisches Konzept gegenüber, das den Richter zwingt, vor jedem einzelnen Entscheid die konkurrierenden Werte gegeneinander abzuwägen, und ihm nicht gestattet, zu einer festen Formel Zuflucht zu suchen; richterliche Verantwortung und Zurückhaltung bei der Normenkontrolle kennzeichnen seine Haltung [129]. Einen unverletzlichen Kernbereich freier Meinungsäusserung anerkennt Frankfurter nicht; stehen in einer bestimmten Lage überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses entgegen, so muss jedes durch das First Amendment geschützte Grundrecht weichen [130].

Der ad hoc Balancing-Test ist hauptsächlich in Fällen angewendet worden, in denen nicht direkte Einschränkungen ideeller Grundrechte behauptet, sondern indirekt negative Auswirkungen im Gefolge an sich berechtigten hoheitlichen Handelns befürchtet wurden, beispielsweise in Fällen, in denen die Herausgabe von Mitgliederlisten kommunistischer, später auch integrationistischer Vereinigungen erzwungen worden war [131]. Neben und nach Frankfurter verfochten insbesondere der zweite Justice Harlan und Justice Clark das Konzept der fallweisen, regelfreien Interessenabwägung [132].

In Sweezy v. New Hampshire [133] rückte Frankfurter etwas von seiner im Dennis-Case geäusserten Haltung ab und zeigte sich den Bedürfnissen der First

[128] Ibid., 539.

[129] MENDELSON, 825f., KAUPER, 113, KARST, 18; kritisch L. FRANTZ, 1443.

[130] FRANTZ, 1430, 1440, NORRIS, 102; für die europäischen Verhältnisse: MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, 101 ff.

[131] KALVEN, New York Times Case, 214f. FRANTZ, 1429, weist nach, dass bei angeblich kommunistischen Vereinen der Supreme Court dem staatlichen Interesse an den durch die Mitgliederverzeichnisse erhältlichen Information gegenüber dem Interesse der Vereinsmitglieder auf ungestörte künftige Tätigkeit fast ausnahmslos den Vorzug gab, während die Mitglieder von Bürgerrechtsbewegungen sich gleichen Versuchen südstaatlicher Behörden erfolgreich widersetzen konnten.

[132] Vgl. die opinions von Harlan in Barenblatt v. United States, 360 U.S. 109 (1959), Konigsberg v. State Bar of California, 366 U.S. 36 (1961) und Gibson v. Florida Legislative Investigation Committee, diss., 372 U.S. 539, 579 (1963) sowie diejenige von Clark in Uphaus v. Wyman, 360 U.S. 72 (1959).

[133] 354 U.S. 234 (1957).

Amendment-Rechte gegenüber aufgeschlossener, zumindest im Bereich der Lehrfreiheit, die dem ehemaligen Harvard-Dozenten besonders am Herzen lag. Er forderte fortan, dass «the subordinating interest of the state must be compelling», um eine Einschränkung freier Meinungsäusserung zu rechtfertigen [134].

Kritik ist dem ad hoc Balancing-Test vor allem in zweierlei Hinsicht erwachsen. Einmal ist mit Recht bemängelt worden, es würden ungleiche Gewichte in die Waagschalen geworfen. Die Auffassung, wonach «resolution of the issue always involves a balancing by the courts of the competing private and public interests at stake in the particular circumstances» [135] ist einseitig und unvollständig. Sie übersieht, dass auf der Seite der Meinungsäusserung nicht nur die Interessen des Einzelnen, sondern Gesamtinteressen der Gesellschaft mitzuwägen sind; sie verkennt die institutionelle Komponente des Grundrechts. Werden den Interessen des Staates auf Erhaltung der bestehenden Ordnung bloss die individuellen Interessen an der uneingeschränkten Ausübung eines Freiheitsrechtes gegenübergestellt, so werden diese Ansprüche jenen allzuleicht geopfert, besonders in Zeiten wirklicher oder vermeintlicher Gefahr und Unruhe [136].

Ein zweiter, häufig geäusserter Vorwurf geht dahin, dass der Test gar keine Auslegungsmethode und -hilfe sei, als vielmehr Ausdruck der Grundrechtsauffassung des entscheidenden Richters; es könnten ihm deshalb keine allgemeingültigen Anweisungen entnommen werden, da er sich nach dem Willen dessen, der sich seiner bediene, verändere und forme. Der Balancing-Test sei viel zu vage, als dass er den Gerichten helfen könne; er überbinde ihnen gegenteils eine Aufgabe, die ihnen gar nicht zustehe, da der Schutzbereich der Freiheitsrechte von den «founding fathers» selbst endgültig bestimmt worden sei [137].

Es fällt auf, dass sich vor allem diejenigen Richter des ad hoc Balancing-Tests bedienen, die Anhänger eines judicial restraint, d.h. einer zurückhaltenden Normenkontrolle, sind. Der Test darf aber nicht dem Passivismus gleichgesetzt werden. Selbst Justice Black anerkennt, dass ein Abwägen in gewissen Situationen unvermeidlich ist, etwa da, wo öffentliche Strassen und Plätze von verschiedenen Interessengruppen gleichzeitig für verschiedene Zwecke verwendet werden sollen. Allerdings legt Black in solchen Fällen die Gewichte anders als Frankfurter [138].

[134] Ibid., 261.

[135] Justice Harlan im Barenblatt-Case (oben Anm. 132), 126. Gleich Justice White, diss., in Robel v. United States, 389 U.S. 258, 285 (1967), kritisiert bei NORRIS, 99f. und KRISLOV, 113.

[136] BLACK, Bill of Rights, 59f., FRANTZ, 1449.

[137] M. NIMMER, 939f., I. BRANT, 34ff., EMERSON, General Theory, 53ff., MEIKLEJOHN, Testimony, 111, CH. REICH, 742, DECKER, 1353, FRANTZ, 1442f.

[138] Justice Black, diss., in Konigsberg v. State Bar of California, 366 U.S. 36, 68f. (1961), mit Hinweis auf Schneider v. State, 308 U.S. 147 (1939), Cox v. New Hampshire, 312 U.S. 569 (1941),

Wo Grundrechte untereinander oder mit andern Staatszielen zusammenstossen, muss entschieden werden, welcher Wert im konkreten Fall höher einzuschätzen und deshalb auf Kosten des andern zu schützen ist. Das ist die Erkenntnis, die Justice Frankfurter den Anhängern absolutistischer Ideen vor Augen geführt hat. Die in der Verfassung festgehaltenen Grundsätze geben darüber keine umfassende Auskunft. Der ad hoc Balancing-Test ist jedoch zu vage und zu sehr von der Persönlichkeit und Einstellung des Richters abhängig, um auf die Dauer als Richtlinie dienen zu können. Dennoch hat der Test – vielleicht wegen der häufig wechselnden Mehrheiten – der Rechtsprechung des Supreme Court in den letzten Jahrzehnten das Gepräge gegeben [139]; er wurde aber im Urteil United States v. Robel [140] von Chief Justice Warren mit Zustimmung vier weiterer Richter ausdrücklich abgelehnt.

b) «Definitional Balancing»

Aus der eben erwähnten Erkenntnis heraus, dass bei der Verfassungsauslegung ein Abwägen unvermeidlich ist, und im Bestreben, die dem ad hoc Balancing-Test anhaftenden Schwächen zu beseitigen, haben in den letzten Jahren mehrere Autoren eine Theorie entwickelt, die als «definitional balancing» bezeichnet wird [141]. Sie fusst auf der auch dem ad hoc Balancing-Test eigenen Idee, dass es Aufgabe des Rechtsanwenders ist, in jedem sich stellenden Fall die die Verfassung konkretisierende Grundrechtswertung vorzunehmen; durch die Wiederholung dieser Wertung in nachfolgenden Entscheiden wird aber – und hier unterscheiden sich die beiden Theorien – die Freiheit des Richters eingeschränkt, da er erkennbare Abgrenzungskriterien geschaffen hat, die er selber respektieren muss:

«The definer, in other words, must ultimately give the constitutional proposition a certain amount of content which he regards as being obligatory to the court. Consequently, in cases falling clearly within the defined area, the definer is largely relieved of responsibility for results in particular instances which he may find personally distasteful [142].»

Eine einmal aufgestellte Regel behält für zukünftige Fälle gleicher Art ihre Gültigkeit und soll auch spätere Rechtsetzungsakte überdauern, anders als beim ad hoc Balancing-Test, bei dem der Verfassungsgarantie immer wieder neu ein Inhalt gegeben wird [143]. Kern der Theorie ist somit die Forderung nach unbedingter Befolgung des stare decisis-Prinzips; im übrigen erinnert die

Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944), Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77 (1949); im gleichen Sinn Emerson, General Theory, 103.

139 Emerson, System, 717.

140 389 U.S. 258, 268 (1967).

141 Frantz, 1433ff., Nimmer, 942ff., Strong, 63ff.; ferner Krislov, 111ff.

142 Frantz, 1435.

143 Nimmer, 944, Frantz, 1435f.

Wertung, die der Richter nach den Absichten der Verfechter der Theorie bei den ideellen Grundrechten vorzunehmen hat, stark an die Abgrenzung zwischen «speech» und «action», wie sie Emerson in seiner «full protection theory» vorgeschlagen hat [144].

Grundsätzlich dürften mit der Theorie des «definitional balancing» als aus den Erkenntnissen praktischer Richtertätigkeit gewonnenem Mittelweg zwischen allzu starren, absoluten Dogmen und grundsatzlosem, fallbezogenem Abwägen des ad hoc balancing vernünftige Resultate zu erzielen sein, besonders wenn - wie vorgeschlagen worden ist – als Abwägungskriterien die im «clear and present danger»-Test verwendeten Grundsätze berücksichtigt werden [145]. Einen gewichtigen Nachteil müssen jedoch selbst die Schöpfer der Theorie zugeben: Die strikte Bindung an Präjudizien, die vorausgesetzt wird, damit die getroffenen Wertungen und Abgrenzungen überhaupt wirksam werden können, fehlt in der amerikanischen Rechtsprechung. Ein Abrücken von früher aufgestellten Grundsätzen beim Wechsel der Mehrheit am Supreme Court oder unter dem Druck bestimmter Ereignisse erscheint wahrscheinlich [146]; schon aus diesem Grunde dürfte der Theorie, die nicht vom Supreme Court selbst entwickelt worden ist, ein wesentlicher Einfluss versagt bleiben.

### *5. Weitere Theorien*

Neben den bisher aufgeführten hauptsächlichen Theorien und Tests für die Auslegung des First Amendment finden sich vereinzelt in Entscheiden des Supreme Court weitere Auslegungsmethoden, die zwar registriert wurden, aber keine grosse Wirkung entfaltet haben, sei es, dass sie sich nur für ganz spezifische Probleme eignen, sei es, dass sie nur zufällig von einem Richter in einer Begründung verwendet, aber nicht weiter ausgeführt wurden, sei es, dass ihnen durch spätere Entwicklungen jegliche Substanz entzogen wurde. Immerhin ist nicht auszuschliessen, dass die eine oder andere dieser bisher kaum beachteten Theorien einmal an Bedeutung gewinnt; denn keiner der bisher vorherrschenden Tests hat seinen Einfluss wesentlich länger als ein Jahrzehnt behalten [147].

#### a) Bad Tendency oder Spark-Test

Zu der Zeit, da Holmes und Brandeis den «clear and present danger»-Test schufen und verfeinerten, vertrat die Mehrheit der Justices eine viel einschrän-

[144] NIMMER, 942.
[145] STRONG, 63.
[146] NIMMER, 945.
[147] E. HUDON, Freedom of Speech and Press in America, 1963, IX, zitiert bei KRISLOV, 91.

kendere Rechtsprechung. Dass Holmes im Schenck-Case [148] den einstimmigen Supreme Court hinter den Test scharen konnte, lag einzig am Einverständnis mit dem erreichten Resultat, indem die Verurteilung des Sozialistenführers Charles T. Schenck wegen amerikafeindlicher Äusserungen bestätigt wurde, bewies aber keine Zustimmung zur angewandten Auslegungsformel. Die wirkliche Einstellung der Mehrheit zu den Belangen politischer Meinungsbetätigung zeigte sich bald, besonders deutlich in den opinions von Justice Sanford in Gitlow und Whitney [149]. Im Gitlow-Case führte er unter anderem aus:

«A single revolutionary spark may kindle a fire that, smouldering for a time, may burst into a sweeping and destructive conflagration. It cannot be said that the State is acting arbitrarily or unreasonably when in the exercise of its judgment as to the measures necessary to protect the public peace and safety, it seeks to extinguish the spark without waiting until it has enkindled the flame or blazed into the conflagration... [150].»

Nach dieser Auffassung sollte die Legislative alle Äusserungen, die ihres Erachtens das bestehende Regierungssystem ihrer Tendenz nach gefährden könnten, unter Strafe stellen dürfen; die Gerichte müssten das Urteil des Gesetzgebers übernehmen und nur noch prüfen, ob die beanstandete Äusserung in eine der ausgeschiedenen «schädlichen» Kategorien falle.

Dass unter der Herrschaft einer solchen Regel die freie Meinungsäusserung verkümmert, ist offensichtlich. Jede offene, leidenschaftliche politische Diskussion wird unterbunden; die staatlichen Organe sind befugt einzugreifen, wo immer sie gefährliche Tendenzen wittern, auch wenn niemals ein gewaltsamer Umsturz zu befürchten oder überhaupt möglich wäre [151]. Der Supreme Court hat den Spark-Test denn seit dem Whitney-Case auch nie mehr angewandt; Anklänge waren nur noch in einigen Kommunistenprozessen der fünfziger Jahre festzustellen [152]. Indessen haben in den letzten Jahren mehrere Autoren – unter ihnen Robert Bork, der unter Präsident Nixon kurze Zeit Justizminister war – die Rückkehr zu Sanfords Regel nach Schutz nur politisch und moralisch gesunder Äusserungen gefordert, ohne aber in der Lage zu sein, befriedigende Abgrenzungskriterien zu nennen [153].

b) Clear and Probable Danger-Test (Vinson/Hand-Formula)

Dieser Test ist aufs engste verknüpft mit dem bereits mehrfach erwähnten

148 Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

149 Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925), Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927).

150 268 U.S. 669.

151 Vgl. die Kritik bei Chafee, Free Speech, 23, 392, Konvitz, Fundamental Liberties, 299, Emerson, General Theory, 50f., Ch. Black, 84f., Abraham, 195f., Norris, 94f.; New York University Law Review *26* (1951), Notes, Free Speech and the Hostile Audience, 498.

152 So etwa in der Dennis opinion von Chief Justice Vinson, 341 U.S. 494, 511 (1951): «It is the existence of the conspiracy which creates the danger... If the ingredients of the reaction are present, we cannot bind the Government to wait until the catalyst is added.»

153 Bork, 32, Berns, Virtue, 125f., 225f.; J. P. Hall, 530.

Entscheid Dennis v. United States aus dem Jahre 1951 [154]. Im Juli 1948 waren in New York zwölf Mitglieder des Zentralkomitees der amerikanischen kommunistischen Partei aufgrund des Smith Acts unter Anklage gestellt worden, weil sie sich angeblich zu einer Verschwörung zusammengeschlossen hatten, deren Ziel darin bestand, die Partei zu organisieren und die kommunistischen Lehren zu verbreiten, um in einem ferneren, zeitlich nicht bestimmbaren Moment mit einem gewaltsamen Umsturz die Macht an sich zu reissen. Als der Fall den Supreme Court erreichte, unternahm es Chief Justice Vinson, mit Zustimmung dreier Richter [155], zu prüfen, ob die Handlungen der von den unteren Instanzen verurteilten Angeschuldigten eine eindeutige und gegenwärtige Gefahr für die Sicherheit des Staates dargestellt hatten. Vinson hielt sich dabei aber nicht an die von Holmes und Brandeis ausgearbeiteten Richtlinien, sondern folgte Judge Learned Hand, der den Fall für die Vorinstanz, den Court of Appeals, begründet hatte:

«Chief Judge Learned Hand, writing for the majority below, interpreted the phrase as follows: ‚In each case (courts) must ask whether the gravity of the „evil", discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger.' 183 F. 2d at 212. We adopt this statement of the rule [156].»

Nach dieser Formel, die nicht mehr als «clear and present danger»-Test bezeichnet werden kann, ist zwar noch eine ernsthafte Gefahr für die staatliche Sicherheit vorausgesetzt, damit ein gesetzgeberischer Eingriff in First Amendment-Rechte zulässig wird; das Moment der Unmittelbarkeit der Gefahr und dasjenige der Wahrscheinlichkeit ihrer Verwirklichung werden aber in den Hintergrund gerückt. Ein Eingreifen der Staatsorgane ist an weniger strenge Voraussetzungen gebunden und in einem früheren Stadium möglich als bei Anwendung der Holmesschen Regel.

Die «Vinson/Hand-Formula» ist so farblos und neutral gehalten, dass sie oppositioneller politischer Tätigkeit keinen genügenden Schutz bietet. Mit dem Ende der Ära McCarthy verlor sie jede Bedeutung. Rückblickend hat Karl Loewenstein sie zutreffend als «durch die Zeitumstände bedingten Justizirrtum» bezeichnet, als eine mehr politisch bedingte denn juristisch fundierte Entscheidung [157].

[154] 341 U.S. 494.

[155] Die Justices Reed, Burton und Minton; Justice Frankfurter und Justice Jackson verfassten eigene concurring opinions, die Justices Black und Douglas opponierten. Justice Clark, der neunte Richter, nahm an Beratung und Abstimmung nicht teil, da er als Justizminister die Ermittlungen geleitet hatte (wobei er zum Schluss gelangt war, das Beweismaterial sei für eine Verurteilung unzureichend!).

[156] 341 U.S. 510.

[157] Loewenstein, 536. Vgl. ferner die Kritik bei Emerson, System, 114f., Gellhorn, 77, Karst, 11, Norris, 99.
Demgegenüber wird die Formel beispielsweise von S. Hook, 57, verteidigt.

c) Die Two Level-Theorie

Die letzte Auslegungsregel, die kurz gestreift werden soll, stellt den sozialen Wert einer Äusserung in den Vordergrund. Zwar trennt sie nicht so strikt zwischen politischen und anderen Meinungskundgaben wie Meiklejohn, aber sie sondert einige Kategorien aus, die moralisch wertlos sind, weil ihnen keine in irgend einer Weise wesentliche Ideen zugrunde liegen, und die deshalb gegenüber den staatlichen Interessen an der Bewahrung der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung zurücktreten müssen. Die «two level»-Theorie wurde erstmals in Chaplinsky v. New Hampshire [158] angewendet, in welchem ein Angehöriger der Zeugen Jehovahs öffentlich mehrere Personen unflätig beschimpft hatte. Justice Murphy stellte für den einstimmigen Court fest:

«There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or ‚fighting' words – those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace [159].»

Die Formulierung wurde übernommen in Beauharnais v. Illinois [160], einem Fall beleidigender Äusserungen gegenüber den amerikanischen Negern allgemein, der zu einer leidenschaftlichen Diskussion unter den Richtern führte, ob eine Ehrverletzung gegenüber einer unbestimmten Anzahl Menschen, sog. «group libel», überhaupt einen strafbaren Tatbestand bilden könne, ferner in Roth v. United States [161], in welchem Urteil sich der Supreme Court erstmals mit der Frage des verfassungsmässigen Schutzes für unzüchtige Veröffentlichungen zu befassen hatte. In beiden Fällen entschied der Court gegen den Beschwerdeführer, der sich auf sein Grundrecht berief [162, 163].

Die «two level»-Theorie dient dazu, einen Teil der vielschichtigen Abgrenzungsprobleme zu bewältigen, die sich bei der Auslegung des First Amendment stellen; sie hilft namentlich, solche Äusserungen einzuordnen, auf die der «clear and present danger»-Test vernünftigerweise nicht angewendet werden kann [164]. Justice Murphy, der Begründer der Theorie, dachte sich ihre Anwendung sehr begrenzt; in Beauharnais und im Roth-Case wurde sie allerdings ausgeweitet.

158 315 U.S. 568 (1942).

159 Ibid., 571 f. (Fussnote weggelassen).

160 343 U.S. 250 (1952). Der Entscheid fiel mit 5:4 Stimmen aus; Justice Frankfurter begründete die Ansicht der Mehrheit.

161 354 U.S. 476 (1957). Vgl. unten 159.

162 Die Liste solcher auf «unterster Stufe» stehender Äusserungsformen umfasst nach R.K. Carr, 919 ff., auch Aufforderungen zu Verbrechen und aufrührerische Äusserungen.

163 Die Theorie wird unterstützt von L. Henkin, Sin of Obscenity, 397, abgelehnt von Magrath, 10, und Kalven, Law of Obscenity, 10 f.

164 Zum Verhältnis zwischen «two level»-Theorie und «clear and present danger»-Test vgl. Kalven, New York Times Case, 217 f., derselbe, Negro, 45 ff.

Der fatale Mangel der Theorie besteht darin, dass alle von ihr erfassten Kategorien von Äusserungen generell als minderwertig eingestuft werden, eine Einstufung, die etwa künstlerischen Darstellungen sexueller Themen nicht gerecht wird und die derbe Ausdrucksweise breiter Volksschichten zuwenig berücksichtigt [165]. Für bestimmte Äusserungsformen, beispielsweise für private Ehrverletzungen, dürfte sie aber wegleitend bleiben, und zudem klingt ihre Grundaussage oft auch an, wenn eine andere Auslegungsregel verwendet wird.

### *6. Ergebnis: Die Bedeutung der Auslegungsregeln*

Der Überblick hat gezeigt, welche Unterschiede zwischen den Tests bestehen, die im Laufe der vergangenen fünfzig Jahre für die Auslegung des First Amendment geschaffen worden sind. Er hat ergeben, dass kaum eine dieser Regeln geeignet ist, alle Konflikte zwischen den ideellen Grundrechten und den ihnen entgegengesetzten staatlichen Interessen lösen zu helfen. Jede der beschriebenen Theorien ist – soweit sie der Supreme Court überhaupt beachtet hat – für die Regelung einer einzelnen oder weniger Kategorien von Äusserungen verwendet worden; einige sind nur sporadisch aufgetaucht, nur einzelne haben sich für längere Zeit durchgesetzt. Mit Ausnahme der absoluten Theorien von Black und Meiklejohn ist allen der Gedanke gemeinsam, dass zwischen den individuellen Freiheitsansprüchen und den Ordnungs- und Sicherungsaufgaben des Staates ein Ausgleich gefunden werden muss – wie dieser Ausgleich zu treffen ist, darüber gehen die Meinungen auseinander, und Ausdruck der Meinungsverschiedenheiten sind die mannigfaltigen Theorien.

Ein Zweites ist zu beachten. Trotz aller Unterschiede zwischen den verschiedenen Regeln, trotz der verschiedenen Ergebnisse für die First Amendment-Rechte, zu denen sie geführt haben, darf nicht vergessen werden, dass im Vordergrund nicht die im einzelnen Fall verwendete Auslegungs- und Konkretisierungsmethode steht, sondern das daraus gewonnene Ergebnis. Ein und derselbe Test kann in den Händen zweier Richter im gleichen Fall zu grundverschiedenen Ergebnissen führen. Das Urteil des Richters ist stets auch eine politische Entscheidung; eine Entscheidung über die Frage letztlich, welcher Platz den ideellen Grundrechten einzuräumen ist, damit das Ideal des demokratischen Staates nach Möglichkeit erreicht werden kann. Das Idealbild wandelt sich, und mit ihm verändern sich die politischen Entscheidungen. Diese Veränderungen gilt es im Auge zu behalten, wenn im folgenden untersucht wird, in welchem Verhältnis die «preferred freedoms»-Doktrin zu den bisher behandelten Auslegungsregeln steht, und welches ihre Bedeutung ist.

[165] MAGRATH, 10; Harvard Law Review *84* (1971), Notes, Morality and the Broadcast Media: A Constitutional Analysis of FCC Regulatory Standards, 674.

# 3. Kapitel: Die «Preferred Freedoms»-Doktrin

## 1. Abschnitt: Die Grundaussage

Die «preferred freedoms»-Doktrin oder Theorie einer «preferred position» der Grundrechte des First Amendment geht aus von der Tatsache, dass die verschiedenen in einer Rechtsordnung geschützten Werte nicht alle im gleichen Umfang verwirklicht werden können. Zwei an sich nicht entgegengesetzte Werte können in bestimmten Situationen miteinander in Konflikt geraten, wobei dem einen vor dem andern der Vorzug gegeben werden muss, weil nicht beide gleichzeitig berücksichtigt werden können. Unter den persönlichkeitsbezogenen Werten, die mit Grundrechtsschutz ausgestattet sind, sollen die ideellen Freiheitsrechte den umfassendsten Schutz geniessen, da sie als unentbehrliches Fundament jeder freiheitlichen Demokratie bezeichnet werden:

«Freedom of thought and speech ... is the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom [1].»

Den ideellen Grundrechten gegenübergestellt werden die wirtschaftlichen Grundrechte, Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie, deren soziale Geltung geringer veranschlagt wird [2]. Kommt es zu einem Wertkonflikt, so soll deshalb die Berufung auf ein wirtschaftliches Grundrecht gegenüber den im First Amendment genannten Freiheitsrechten nicht durchschlagen können. Im weitern wird gefordert, dass die Gerichte diese grundlegenden Werte ganz besonders gegen Eingriffe der andern staatlichen Organe abschirmen: Die Vermutung der Verfassungsmässigkeit staatlicher Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsakte wird nicht anerkannt, wo es um Beschränkungen der First Amendment-Rechte geht. Die Beweislast wird eher umgekehrt: An den staatlichen oder lokalen Behörden ist es darzutun, dass der Erlass oder die Verfügung unerlässlich und sachlich eng begrenzt ist, und dass auf die Bedürfnisse freier Meinungsäusserung nach Möglichkeit Rücksicht genommen worden ist. Kern der Doktrin ist die Überzeugung, «that the freedom of expression is so

[1] Justice Cardozo in Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 327 (1937), ferner Z. CHAFEE, Government and Mass Communication, Chicago 1947, 107.

[2] Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Grundrechtskategorien ist nicht neu; sie war bereits den Gründern des amerikanischen Staates bekannt. So schrieb THOMAS PAINE: «Of the first kind are the rights of thinking, speaking, forming and giving opinions, and perhaps all those which can be fully exercised by the individual without the aid of exterior assistance - or in other words, rights of personal competency. Of the second kind are those of personal protection of acquiring and possessing property, in the exercise of which the individual natural power is less than the natural right.» Aus G. CHINARD, Thomas Jefferson, The Apostle of Americanism, 2. Aufl. 1948, 80 f., zitiert bei CAHN, Firstness, 472.

vital in its relationship to the objectives of the Constitution that inevitably it must stand in a preferred position» [3, 4].

## 2. Abschnitt: Die geschichtliche Entwicklung der «Preferred Freedoms»-Doktrin

### *1. Ideelle Grundrechte als Hauptaugenmerk des Supreme Court*

Die Rechtsprechung des Supreme Court im Laufe der nahezu zweihundert Jahre seines Bestehens lässt deutlich erkennen, welche Probleme die Nation in den verschiedenen Epochen ihrer Geschichte am meisten beschäftigten. In den ersten Jahrzehnten, unter den Chief Justices Marshall und Taney, ging es darum, den Aufgaben- und Machtbereich des jungen Bundesstaates gegenüber dem der States abzugrenzen, d. h. die Union zu profilieren. Nach dem Civil War begann eine lange Periode, während der der Court bestrebt war, das Wachstum der aufstrebenden Industrie zu unterstützen. Neben der Interstate Commerce Clause [5] beschäftigte vor allem die Eigentumsgarantie des Fifth Amendment die Gerichte. Unbeschränkter wirtschaftlicher Liberalismus war die Losung der Zeit, das private Eigentum galt als heilig und unantastbar [6]. Vergeblich warnte Justice Holmes davor, eine wirtschaftliche Theorie gewissermassen zur Staatsreligion zu erklären; Aufgabe der Gerichte sei nur, zu überprüfen, ob die aufgrund der wirtschaftlichen Ansichten einer Mehrheit des Kongresses verabschiedeten Gesetze vor der Verfassung standhielten, nicht dagegen, zur Theorie selber Stellung zu nehmen, denn «a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or laissez faire» [7]. Selbst zaghafte Versuche sozialpolitischer Arbeitsgesetzgebung, etwa über Maximalarbeitszeiten oder Mindestlöhne, wurden, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen [8], vom Supreme Court als Vertragsfreiheit und Eigentumsrechten der Arbeitgeber zuwiderlaufend aufgehoben. Diese Haltung führte zu einem ernsthaften Konflikt zwischen Exekutive und Judikative in den dreissiger Jahren, denn als der Supreme Court die New Deal-Gesetze für verfassungswidrig erklärte, drohte Präsident Roose-

[3] McKay, 1184.

[4] Zur «preferred freedoms»-Doktrin vgl. allgemein die Ausführungen bei Abraham, 14, 200, Emerson, General Theory, 45, Krislov, 89, Norris, 96, Redish, 438, Berns, Virtue, 74f., Drinker, 27, und insbesondere McKay, 1183ff.

[5] Article I, Section 8, Paragraph 2 der U.S. Constitution: «The Congress shall have the power to regulate commerce with foreign nations, and among the several States, and with the Indian tribes.»

[6] Abraham, 8.

[7] Justice Holmes, diss., in Lochner v. United States, 198 U.S. 45, 75 (1905).

[8] Etwa Holden v. Hardy, 169 U.S. 366 (1896) über die Höchststundenzahl für Angehörige gefährlicher Berufe, und Bunting v. Oregon, 243 U.S. 426 (1917) betreffend Einführung des Zehnstundentages in Oregon für die meisten Arbeitnehmer.

velt, die Zahl der Supreme Court Justices von neun auf fünfzehn zu erhöhen, um eine seinen Plänen wohlgesinnte Mehrheit zu erlangen. Dieser Antrag fand zwar 1937 im Kongress keine Zustimmung, aber noch im gleichen Jahr schlugen sich der damalige Chief Justice Hughes und Justice Roberts in wirtschaftlichen Fragen auf die Seite der bisherigen Minderheit, bestehend aus den Justices Brandeis, Stone und Cardozo, und eine Vakanz gab dem Präsidenten Gelegenheit, mit der Ernennung von Justice Black die neue Mehrheit zu festigen. Diese verzichtete darauf, weiterhin in wirtschaftlichen Fragen ein Wächteramt auszuüben, und wandte ihre Aufmerksamkeit vermehrt den ideellen Grundrechten zu [9]. In den das First Amendment betreffenden Fällen, die immer häufiger an den Court herangetragen wurden, fand zunächst der «clear and present danger»-Test regelmässig Anwendung, gleichzeitig aber bahnten sich neue Entwicklungen an.

### *2. Die Anfänge der «Preferred Freedoms»-Doktrin*

#### a) Die wachsende Bedeutung der freien Meinungsäusserung

Holmes und Brandeis hatten als erste auf die Bedeutung der Meinungsäusserungsfreiheit für den demokratischen Staat hingewiesen. Justice Cardozo, der 1931 Holmes' Sitz am Court übernahm, führte die Gedanken seines Vorgängers weiter. In Palko v. Connecticut [10] sprach er von einer «honor roll of superior rights», worunter er die im First Amendment enthaltenen Grundrechte und die prozessualen Garantien des Sixth Amendment verstand. Chief Justice Hughes bekundete sein Verständnis für die Bemühungen, die nicht wirtschaftlichen Grundrechte vermehrt zu schützen, wobei er sich mehr Cardozos oder Stones Begründungen anschloss, als dass er sich selber in diesem Sinne äusserte. Die neue Auffassung setzte sich rasch durch; den Ausführungen von Justice Roberts über die Bedeutung der Rede- und Pressefreiheit in Schneider v. State aus dem Jahre 1939 beispielsweise schloss sich nur ein Richter nicht an:

> «This Court has characterized the freedom of speech and that of the press as fundamental personal rights and liberties. The phrase is not an empty one and was not lightly used. It reflects the belief of the framers of the Constitution that exercise of these rights lies at the foundation of free government by free men. It stresses, as do many opinions of this Court, the importance of preventing the restriction of enjoyment of these liberties [11].»

[9] A. T. Mason, 598, Abraham, 9f.
[10] 302 U.S. 319 (1937).
[11] 308 U.S. 147, 161.

b) Justice Stone und die «Carolene Products»-Fussnote

Den grössten Einfluss auf den Wandel der Rechtsprechung des Supreme Court übte ohne Zweifel Justice Harlan Fiske Stone aus. Seit 1925 Mitglied des Gerichts, hatte er im Laufe der Jahre die Unterdrückung religiöser und politischer Minderheiten miterlebt, die Überzeugung gewonnen, dass diese Randgruppen von der vom Einverständnis der grossen Volksmehrheit getragenen und ihre Ideen vertretenden Staatsgewalt zuwenig Rücksichtnahme fänden, und daraufhin begonnen, sich ganz besonders für den Schutz der geistigen Freiheiten einzusetzen [12]. Bei erster Gelegenheit nach der Aufgabe der wirtschaftsliberalistischen Rechtsprechung durch den Supreme Court, in United States v. Carolene Products Company [13], äusserte er, in sehr zurückhaltender Sprache noch und in der wenig verbindlichen Form einer Anmerkung, seine Forderung nach einer unterschiedlichen Behandlung der ideellen und der wirtschaftlichen Grundrechte. Dem in seiner opinion enthaltenen Satz, wonach wirtschaftliche Fragen betreffende Gesetze nur dann für verfassungswidrig zu erklären seien, wenn sie sich als offensichtlich willkürlich erwiesen [14], fügte er die berühmt gewordene «Footnote Four» an, deren ersten Absatz er nach Rücksprache mit Chief Justice Hughes [15] wie folgt fasste:

«1. There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth [16].»

Der zweite Absatz der Fussnote erwähnte die Möglichkeit einer genaueren Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen über politische Wahlen und Abstimmungen [17], und im dritten und letzten Absatz der Fussnote führte Stone aus:

«3. Nor need we enquire whether similar considerations enter into review of statutes directed at particular religions ... or national ... or racial minorities ... whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry [18].»

[12] Mason, 606ff.

[13] 304 U.S. 144 (1938).

[14] «Regulatory legislation affecting ordinary commercial transactions is not to be pronounced unconstitutional unless in the light of the facts made known or generally assumed, it is of such a character as to preclude the assumption that it rests upon some rational basis within the knowledge and experience of legislators.» 304 U.S. 152.

[15] Ausschnitte aus dem Briefwechsel zwischen Hughes und Stone über die Fussnote finden sich bei Mason, 600.

[16] 304 U.S. 152.

[17] Nach Abraham, 16ff., hatte dieser Absatz einen Einfluss auf die Neugestaltung der parteiinternen Primärwahlen. Vgl. United States v. Classic, 313 U.S. 299 (1941), Smith v. Allwright, 321 U.S. 649 (1944), Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

[18] 304 U.S. 152f.

Obschon der erste Absatz der Fussnote sehr allgemein gehalten ist und einen Vorbehalt gegenüber der Vermutung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen nicht bloss bezüglich eines einzelnen oder weniger Amendments, sondern generell in Bezug auf alle in der Bill of Rights ausdrücklich aufgeführten Garantien zum Ausdruck bringt, wird doch aus dem Zusammenhang mit dem dritten Absatz deutlich, dass Stones Sorge der besonderen Gewährleistung ganz bestimmter Grundrechte galt. Es müsse in kommenden Fällen geprüft werden, deutete er an, ob nicht diejenigen Freiheiten vermehrt vor beschränkender Gesetzgebung abgeschirmt werden müssten, auf die sich Minderheiten und gesellschaftliche Randgruppen verschiedenster Art verliessen, um ihre weitere Existenz zu sichern; Minderheiten ohne Möglichkeit, auf den politischen Entscheidungsprozess einzuwirken, Gruppierungen mit berechtigten oder zumindest vertretbaren Anliegen, aber ohne Stimme in den politischen Gremien. Stone führte zwar aus, es sei ein längst anerkannter Grundsatz, dass die Gerichte sich vorzüglich für die Gewährleistung der auf der politischen Ebene besonders gefährdeten verfassungsmässigen Rechte einsetzen müssten, wobei er sich auf die Autorität von Chief Justice Marshall berufen konnte [19]. Er war sich aber offensichtlich bewusst, dass er mit seinen Gedanken einen Schritt weiter ging, als die andern Richter zu folgen gewillt waren; deshalb trug er sie in einer Anmerkung vor – ein bewährtes Rezept, als Sprecher der Gerichtsmehrheit neue Ideen zu äussern, «without, however, committing the Court to any proposition contained in it» [20].

Die Grundrechte, die Stone dem besonderen Schutz des Court anempfahl, sind die im First Amendment enthaltenen Garantien freier Glaubensausübung und -äusserung, der Möglichkeit, seine Ansichten ungehindert zu verbreiten, sich mit Gesinnungsgenossen zusammenzufinden und mit Bittschriften an die Regierung zu gelangen. Die Footnote Four wird deshalb allgemein als erstes Postulat einer «preferred position» für die Grundrechte des First Amendment gedeutet [21].

### *3. Die First Amendment-Rechte als «Preferred Freedoms» (ab 1943)*

Justice Stone fand bald Gelegenheit, seine Hochschätzung der First Amendment-Rechte erneut unter Beweis zu stellen. Im Jahre 1940 hatte der Supreme Court zu entscheiden, ob eine Schulbehörde Lehrer und Schüler zwingen könne, jeden Morgen vor Schulbeginn am feierlichen Fahnengruss teilzuneh-

[19] Vgl. Marshalls opinion aus dem Jahre 1819 in McCulloch v. Maryland, 4 Wheaton 316. Zitiert bei Mason, 600.

[20] Stone an Hughes in einem Brief vom 19. April 1938, zitiert bei Mason, 600.

[21] Abraham, 14, Mason, 627, Krislov, 28ff., kritisch McKay, 1183.

men. Dieser Brauch war nach dem Ersten Weltkrieg vielerorts eingeführt worden, um das nationale Bewusstsein bereits der jungen Generation zu stärken [22]. Nach Ausbruch des Zweiten Weltkriegs wurden diese Kundgebungen nationaler Einheit begreiflicherweise vermehrt gepflegt, und wer die darin ausgedrückten Gefühle nicht teilte, war der Verachtung, wenn nicht gar Bestrafung ausgesetzt. So konnte nicht verwundern, dass die Schulbehörde von Minersville im Bundesstaat Pennsylvania zwei Kinder vom weiteren Schulbesuch ausschloss, die auf Geheiss ihrer Eltern – Anhängern der Zeugen Johovahs – Gruss und Eid verweigerten. In einem von Rücksichtnahme auf die Zeitumstände erfüllten Entscheid [23] bestätigte der Supreme Court in Aufhebung des Urteils des Bundes-Distriktgerichtes den Ausschluss [24]. Für eine Mehrheit von acht Richtern, darunter die Justices Black, Douglas und Murphy, begründete Justice Frankfurter den Entscheid mit dem Argument, die nationale Einheit bilde den Kern der nationalen Sicherheit, und das staatliche Sicherheitsinteresse stehe in der Hierarchie der Werte zuoberst [25]. Stone allein schloss sich diesem Werturteil nicht an. Zwar bestritt er keineswegs das Recht des Staates, für sein Überleben zu kämpfen, gab aber dennoch seiner Überzeugung Ausdruck, dass mit dem Entscheid der Mehrheit den im First Amendment verankerten Individualrechten Gewalt angetan werde, denn «the very essence of the liberty which they guarantee is the freedom of the individual from compulsion as to what he shall think and what he shall say» [26]. Daraus folgerte er:

«If these guarantees are to have any meaning they must, I think, be deemed to withhold from the state any authority to compel belief or the expression of it where that expression violates religious convictions, whatever may be the legislative view of the desirability of such compulsion [27].»

Stones Aufruf verhallte nicht ungehört. Zwei Jahre später gelangten wiederum Zeugen Jehovahs an den Supreme Court, weil ihre religiöse Aufgabe, öffentlich Bücher und Traktate gegen Entgelt feilzubieten, von den Stadtbehörden von Opelika im Staate Alabama andern proselytischen Tätigkeiten gleichgesetzt und deshalb für bewilligungs- und gebührenpflichtig erklärt worden war. Der Supreme Court bestätigte die Verfügung [28], aber nur noch mit einer knappen Mehrheit, denn Black, Douglas und Murphy schlossen sich Stones Ansichten an. Black erläuterte in ihrem Namen, sie seien nach nochmaligem

[22] Die Grussformel lautet: «I pledge allegiance to my flag, and to the Republic for which it stands; one nation indivisible, with liberty and justice for all.»
[23] MASON, 613, ferner die Kritik von ABRAHAM, 228.
[24] Minersville School District v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940).
[25] Ibid., 595. Dieselbe Haltung findet sich bei H. NEF in der Festschrift für Hans Huber, 190ff.
[26] 310 U.S. 604.
[27] Ibid.
[28] Jones v. Opelika, 316 U.S. 584 (1942).

gründlichen Überdenken der auf dem Spiele stehenden Interessen zur Überzeugung gelangt, dass sowohl der Gobitis-Entscheid als auch das Opelika-Urteil falsch seien:

«The First Amendment does not put the right freely to exercise religion in a subordinate position. We fear, however, that the opinions in these and in the Gobitis case do exactly that [29].»

Stone seinerseits, inzwischen von Präsident Roosevelt als Nachfolger des zurückgetretenen C. E. Hughes zum Chief Justice ernannt, benützte die Gelegenheit, die im ersten Absatz der Carolene Products-Fussnote angetönten Ideen zu verdeutlichen und erstmals die Höherwertigkeit der Freiheitsrechte des First Amendment gegenüber anderen Grundrechten ausdrücklich zu statuieren:

«The First Amendment is not confined to safeguarding freedom of speech and freedom of religion against discriminatory attempts to wipe them out. On the contrary, the Constitution, by virtue of the First and Fourteenth Amendments, has put those freedoms in a preferred position. Their commands are not restricted to cases where the protected privilege is sought out for attack [30].»

Waren diese Worte damals noch Ausdruck der Minderheitsansichten, so gaben sie schon wenige Monate später die Auffassung der Mehrheit wieder. Kurz nach dem Opelika-Entscheid trat der konservative Justice Byrnes von seinem Richteramt zurück und wurde durch Justice Rutledge ersetzt, der sich als liberaler Richter entpuppte. Daher überraschte nicht, dass der Court beschloss, den Opelika-Case [30a] in Wiedererwägung zu ziehen und seinen früheren Entscheid aufhob [31]. Mit fünf gegen vier Stimmen entschied das Gericht in einem nicht begründeten «per curiam»-Urteil, den Fall im Sinne der «dissenting opinion» von Justice Stone im ersten Urteil zu verabschieden und damit die Verkaufstätigkeit der Zeugen Jehovahs von der Bewilligungs- und Gebührenpflicht zu befreien [32]. Dieses Urteil bildete den Auftakt zu einer Reihe aufsehenerregender Entscheide, die die Grundrechte des First Amendment als «preferred freedoms» behandelten. Am Tag des Opelika-Rehearings zog der Supreme Court in einem weiteren den Zeugen Jehovahs auferlegte Verkaufslizenzen und Gebühren betreffenden Fall eine deutliche Unterscheidung zwischen der Tätigkeit von Hausierern und Strassenverkäufern auf der einen, religiösen Gruppen auf der andern Seite. Deren Aktivitäten, führte Justice Douglas für die gleiche Mehrheit von fünf Richtern aus, dienten der Verbreitung religiöser Ideen, seien deshalb durch das First Amendment geschützt und

[29] Ibid., 624.
[30] 316 U. S. 608.
[30a] Vgl. N. 28.
[31] Der Supreme Court kann auf Gesuch der unterlegenen Partei hin einen Fall in Wiedererwägung ziehen (rehearing), wenn vier Richter ein solches Gesuch befürworten.
[32] Jones v. Opelika, 319 U. S. 103 (1943).

dürften nicht mit der gewerblichen Tätigkeit fragwürdiger Kleinhändler verglichen werden:

«The fact that the ordinance is ‚nondiscriminatory' is immaterial. The protection afforded by the First Amendment is not so restricted. A license tax certainly does not acquire constitutional validity because it classifies the privileges protected by the First Amendment along with the wares and merchandises of hucksters and peddlers and treats them all alike. Such equality does not save the ordinance. Freedom of speech, freedom of religion are in a preferred position [33].»

Dass die bevorzugte Behandlung nicht allein religiösen Meinungsäusserungen zugute kommen sollte, bewies besonders der dritte am gleichen Tag beurteilte Fall, Martin v. Struthers, der allerdings auch die Zeugen Jehovahs betraf [34]. Hier stand eine lokale Verordnung zur Beurteilung, die Verteilern von Flugblättern untersagte, bei Privaten zu klopfen oder zu läuten, um nach dem Öffnen der Haustüre ihre Traktate abzugeben. Die Verordnung war in erster Linie zur Wahrung der Privatsphäre und zum Schutz vor möglichen Überfällen erlassen worden; aber Justice Black, der die Mehrheitsauffassung darlegte, sah in ihr eine unzulässige Einschränkung des freien Informationsflusses, der, abgesehen von vernünftigen polizeilichen Vorschriften betreffend Ort, Zeit und Art des Verteilens von Büchern, Zeitungen, Flugblättern und dergleichen, uneingeschränkt erhalten bleiben müsse [35]. In einem letzten Entscheid dieses Tages schliesslich, der wiederum die aufsässige Tätigkeit der Zeugen Jehovahs zum Inhalt hatte, hielten Stone, Black, Douglas, Murphy und Rutledge dafür, dass die Polizei selbst auf zahlreiche Beschwerden sich belästigt fühlender Bürger hin einen im Freien abgehaltenen Gottesdienst der Sekte nicht hätte unterbrechen dürfen [36]. Diese ersten Zeugnisse höchstrichterlicher Bevorzugung der ideellen Grundrechte betrafen alle nur eine zwar wenig beliebte, aber doch recht unbedeutende religiöse Minderheit, weshalb die Entscheide nicht grosse Beachtung fanden. Wenig später folgte jedoch das Urteil West Virginia State Board of Education v. Barnette [37], das wegen seiner weitreichenden Bedeutung die Nation erkennen liess, dass am Supreme Court ein Sinneswandel stattgefunden hatte. Hier wurde der drei Jahre alte Gobitis-Entscheid aufgehoben und festgestellt, dass die Erzwingung des Fahnengrusses in den Schulen einen verfassungswidrigen Eingriff in die Glaubensfreiheit einer Minderheit darstelle. Der liberalen Mehrheit schloss sich auch Justice Jackson an, der zur

[33] Murdock v. Pennsylvania, 319 U.S. 105, 115 (1943).
[34] Martin v. Struthers, 319 U.S. 141 (1943).
[35] Ibid., 147.
[36] Douglas v. City of Jeannette, 319 U.S. 157 (1943).
[37] 319 U.S. 624 (1943). Gleichzeitig wurde Taylor v. Missisippi entschieden, 319 U.S. 583, in dem ein Verbot, aus religiösen Gründen zur Verweigerung des Fahneneids aufzufordern, für verfassungswidrig erklärt wurde.

Zeit des Gobitis-Entscheides dem Gericht noch nicht angehört hatte. Jackson verfasste denn auch die wichtigste Begründung des Urteils [38]. Er erweiterte den Schutzbereich des First Amendment auf das Recht, sich *nicht* zu äussern, und folgerte daraus, die Schulbehörden hätten mit ihrem Zwang ihre Befugnisse überschritten und auf unzulässige Weise auf den jedem staatlichen Zugriff entzogenen geistigen Bereich einzuwirken versucht [39]. Er schloss seine Begründung mit einem eindrücklichen Bekenntnis zu der besonderen, höheren Stellung der Meinungsäusserungsfreiheit im System der Grundrechte:

«If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act to their faith therein. If there are any circumstances which permit an exception, they do not now occur to us [40].»

So hatte sich Ende 1943 eine solide Mehrheit gebildet, die den First Amendment-Rechten überragende Bedeutung zumass, sie im Konfliktsfall über die wirtschaftlichen Grundrechte stellte und bereit war, sie gegen staatliche Regulierung und Einschränkungen weitmöglichst zu schützen. Nicht alle Eingriffe wurden für verfassungswidrig erklärt. So bestätigte der Court in Prince v. Massachusetts [41] das Recht der Behörden, Kindern und Jugendlichen gegenüber die Grundrechte stärker zu beschränken als gegenüber Erwachsenen, und schützte eine Vorschrift, die Knaben unter zwölf und Mädchen unter achtzehn Jahren untersagte, auf öffentlichen Strassen und Plätzen Zeitungen zu verkaufen. Hin und wieder brach die Mehrheit auseinander, etwa im Urteil in re Summers [42], wo Chief Justice Stone mit den sonst die Minderheit bildenden Richtern die Weigerung des Bundesstaates Illinois, einen Dienstverweigerer aus religiösen Gründen zum Anwaltsberuf zuzulassen, bestätigte. Zumeist aber fanden Bürger, die sich durch staatliche Erlasse in ihrer Meinungsäusserungsfreiheit eingeschränkt fühlten, beim Supreme Court die gesuchte Hilfe [43]. Neben den Richtern Black, Douglas und Murphy – in den Jahren nach 1944 weniger mehr Stone – war vor allem Justice Rutledge der wichtigste Exponent der «preferred position»-Doktrin. Seine Urteilsbegründung in Thomas v. Collins [44] gilt als kompromisslosestes Beispiel ihrer Verfechtung und zeigt, wie seines

[38] Chief Justice Stone und Justice Rutledge stimmten zu, Black, Douglas und Murphy schrieben conc. op., Frankfurter, Roberts und Reed bildeten die Minderheit.

[39] 319 U.S. 642.

[40] Ibid. Zur Bedeutung der Begründung vgl. MASON, 625.

[41] 321 U.S. 158 (1944). Justice Rutledge begründete das Urteil, dem sich nur Justice Murphy nicht anschloss. Auch hier ging es um Zeugen Jehovahs.

[42] 325 U.S. 561 (1945).

[43] So in Jamison v. Texas, 318 U.S. 413 (1943), Follett v. McCormick, 321 U.S. 573 (1944), United States v. Ballard, 322 U.S. 78 (1944), Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1945), Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946), Craig v. Harney, 331 U.S. 367 (1947), Saia v. New York, 334 U.S. 558 (1948).

[44] 323 U.S. 516.

Erachtens der Konflikt zwischen First Amendment-Interessen und staatlicher Macht zu lösen ist:

«The case confronts us again with the duty our system places on this Court to say where the individual's freedom ends and the State's power begins. Choice on that border, now as always delicate, is perhaps more so where the usual presumption supporting legislation is balanced by the preferred place given in our scheme to the great, the indispensable democratic freedoms secured by the First Amendment... That priority gives these liberties a sanctity and a sanction not permitting dubious intrusions. And it is the character of the right, not the limitation, which determines what standard governs the choice [45].»

*4. Die Ablehnung der «Preferred Freedoms»-Doktrin durch den Supreme Court nach 1949*

Die Annahme, dass die im First Amendment enthaltenen Freiheitsrechte gegenüber andern Grundrechten eine «preferred position» einnähmen, stiess bei einigen Richtern, besonders bei Justice Frankfurter, auf entschiedenste Ablehnung. Zwar hatte die Carolene Products-Fussnote seine Zustimmung gefunden [46], zwar anerkannte er die Bedeutung freier Meinungsäusserung in ihren verschiedenen Spielarten [47], aber er weigerte sich seinem Leitbild des «judicial restraint» gemäss beharrlich, einer Gruppe von Grundrechten das Primat vor andern zuzuerkennen und diesen gegenüber die Vermutung der Verfassungsmässigkeit gesetzgeberischer Erlasse zu durchbrechen. Einer Abstufung der richterlichen Überprüfungsbefugnis je nach dem betroffenen Individualrecht trat er bereits im Barnette-Case entgegen:

«Our power does not vary according to the particular provision of the Bill of Rights which is invoked. The right not to have property taken without just compensation has, so far as the scope of judicial power is concerned, the same constitutional dignity as the right to be protected against unreasonable searches and seizures, and the latter has no less claim than freedom of the press or freedom of speech or religious freedom [48].»

Sein Widerstand gegen das «preferred freedoms»-Konzept blieb zunächst in den meisten Fällen erfolglos. Im Jahre 1946 starb jedoch Chief Justice Stone und wurde auf dem höchsten Richteramt durch Fred Vinson ersetzt, der die dem First Amendment zugrunde liegenden Ideale nicht im gleichen Masse zu verfechten bereit schien. Immerhin stimmte er mitunter mit den liberalen Exponenten des Court, so im Urteil Saia v. New York [49], in dem ein Verbot,

[45] 323 U.S. 529.

[46] KRISLOV, 90 Anm. 46.

[47] FRANKFURTER, 749; vgl. ferner seine conc. op. in Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501, 511 (1946) und Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77, 95 (1949), und seine diss. op. in West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 648. Im gleichen Sinn BORK, 8.

[48] 319 U.S. 648. Vgl. auch HAND, 50ff.

[49] 334 U.S. 558 (1948).

ohne Bewilligung des Polizeichefs auf öffentlichen Strassen und Plätzen Lautsprecher zur Verbreitung von Nachrichten, Mitteilungen und Meinungen zu benützen, aufgehoben wurde. Kaum acht Monate später aber änderte Vinson in einem sehr ähnlichen zweiten Lautsprecher-Fall seine Meinung: Mit der Minderheit des Saia-Cases hielt er in Kovacs v. Cooper dafür, dass die Verordnung der Stadtbehörden von Trenton, der Hauptstadt von New Jersey, zulässig sei, in der jeglicher Gebrauch von lautem und grellem Lärm verursachenden Lautsprechern und Verstärkeranlagen auf den städtischen Strassen verboten wurde [50]. Die neue Mehrheit versuchte zwar, den Fall in tatbeständlicher Hinsicht vom Saia-Entscheid zu unterscheiden [51], aber dieses Urteil verlor durch den Kovacs-Case doch recht eigentlich seine Bedeutung [52]. Gleichzeitig verlor auch die «preferred position»-Doktrin ihre Wirksamkeit. Justice Reed, der das Kovacs-Urteil für die Mehrheit begründete, machte sie zwar noch zum Ausgangspunkt seiner Argumentation, beraubte sie aber gleichzeitig ihres wesentlichen Inhalts:

«The preferred position of freedom of speech in a society that cherishes liberty for all does not require legislators to be insensible to claims by citizens to comfort and convenience. To enforce freedom of speech in disregard of the rights of others would be harsh and arbitrary in itself [53].»

In seiner concurring opinion blies Justice Frankfurter zum Grossangriff gegen die «preferred freedoms»-Doktrin. Er bezeichnete sie als «a mischievous phrase, if it carries the thought, which it may subtly imply, that any law touching communication is infected with presumptive invalidity» [54], bemerkte mit dem Hinweis auf den Ursprung der Theorie in der Carolene Products-Fussnote spöttisch, eine Textanmerkung sei kein taugliches Mittel zur Ankündigung einer neuen Verfassungstheorie [55], unterzog die Urteile, in denen von «preferred freedoms» die Rede war, einer summarischen Prüfung und erklärte – nicht eben zutreffend – dass die jener Theorie zugrunde liegende Idee, wonach alle die First Amendment-Rechte einschränkenden Gesetze vermutungsweise verfassungswidrig seien, am Supreme Court in keinem Urteil eine Mehrheit gefunden habe [56, 57]. Frankfurter fügte sogleich bei, dass er nicht das auf Justice Holmes

[50] 336 U.S. 77 (1949).

[51] Es wurde behauptet, die Verordnung von Trenton sei viel enger gefasst und genauer redigiert, aber ein Verbot von «loud and raucous noises» trifft alle Lautsprecheranlagen.

[52] Justice Jackson, conc., 336 U.S. 97f.

[53] 336 U.S. 88f.

[54] 336 U.S. 90.

[55] Ibid., 90f.

[56] Er übersah bei seiner Behauptung den Entscheid Murdock v. Pennsylvania, 319 U.S. 105 (1943), in welchem der Begründung von Justice Douglas vier weitere Richter zugestimmt hatten. Vgl. BERNS, Virtue, 77.

[57] 336 U.S. 94.

zurückgehende Postulat einer besonderen Aufmerksamkeit der Gerichte für die ideellen Grundrechte ablehne, sondern sich dagegen wende, dass der komplexe verfassungsrechtliche Abwägungs- und Entwicklungsprozess in starre, täuschende Formeln wie die «preferred position of freedom of speech» gepresst werde, was zu einer undifferenzierten, mechanischen Rechtsanwendung führe [58].

Diesem Angriff, der seine Wirkung auf die Öffentlichkeit, die unteren Gerichte und die bisher schwankenden Justices [59] nicht verfehlte, folgten im gleichen Jahr 1949 weitere tiefgreifende Veränderungen, indem zum einen die Justices Murphy und Rutledge innerhalb von vier Monaten starben, womit nur noch Black und Douglas als ausgesprochen liberale Richter am Supreme Court verblieben [60]; zum andern begann die Zeit systematischer Verfolgung und Aburteilung von Personen, die kommunistischer Tätigkeit oder Verbindungen beschuldigt wurden – eine dem Gedanken ungehinderter Meinungsäusserungsfreiheit nicht eben günstig gesinnte Epoche. Wo immer sich eine Gelegenheit bot, wich der Court von seinen wenige Jahre vorher eingenommenen Positionen zurück [61]. Spätestens mit dem Dennis-Urteil wurde klar, dass für den Augenblick an ein Wiederaufleben der «preferred position»-Theorie nicht zu denken war. Justice Black richtete denn seine Blicke auch auf eine fernere Zukunft:

«Public opinion being what it is now, few will protest the conviction of these Communist petitioners. There is hope, however, that in calmer times, when present pressures, passions and fears subside, this or some later Court will restore the First Amendment liberties to the high preferred place where they belong in a free society [62].»

### *5. Das seitherige Schicksal der «Preferred Freedoms»-Theorie*

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, dass die «preferred position»-Theorie nur eine kurze, wenig spektakuläre Blütezeit erlebte. Nur etwa während fünf Jahren bestimmte sie die Rechtsprechung des Court zur Meinungsäusserungsfreiheit, ehe die McCarthy-Bewegung zu einer Krise der Grundrechte

[58] Ibid., 95f.

[59] So Chief Justice Vinson und Justice Jackson, der seit dem Barnette-Case eher mit der Minderheit stimmte.

[60] Justice Murphy wurde durch den früheren Justizminister Tom Clark, Justice Rutledge durch Sherman Minton ersetzt.

[61] Die Preisgabe der «preferred position»-Theorie zu jener Zeit erhellt beispielsweise aus der opinion von Justice Reed in Poulos v. New Hampshire, 345 U.S. 395, 405f. (1953): «It is a non sequitur to say that First Amendment rights may not be regulated because they hold a preferred position in the hierarchy of the constitutional guarantees of the incidents of freedom. This Court has never so held and indeed has definitely indicated the contrary.» Vgl. ferner Breard v. Alexandria, 341 U.S. 622 (1951) über den Verkauf von Druckschriften von Haus zu Haus, mit dem Martin v. Struthers (oben Anm. 34) bedeutungslos wurde.

[62] Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 581 (1951).

allgemein, der ideellen Grundrechte im besonderen führte. Bestrebungen konservativer Kreise gingen dahin, diese Freiheiten zu beschneiden und ihren Schutz nur «zuverlässigen» Bürgern in Aussicht zu stellen [63]. A. T. Mason stellte 1956 bedauernd fest, die «preferred freedoms»-Doktrin sei in Vergessenheit geraten [64]; selbst die wiederholten Dissents der Justices Black und Douglas vermochten daran nichts zu ändern [65]. Immerhin schloss Mason damals ein Wiederaufleben der Doktrin nicht aus, die er als «one of Chief Justice Stone's richest legacies to the democratic concept of judicial review» bezeichnete [66]. Die Hoffnung trog nicht. Earl Warren löste 1953 Fred Vinson als Chief Justice ab, und bald wurde eine aktivere, politischere Rechtsprechung des Supreme Court merkbar. Sie zeichnete sich aus durch eine vermehrte Berücksichtigung verschiedener Grundrechte, namentlich prozessualer Garantien und der Gleichberechtigung der Rassen im Staat, aber auch der freien Meinungsbildung und -äusserung. Während dieser aktiven Politik des Warren Court auf den beiden erstgenannten Gebieten von den andern Staatsgewalten und zum Teil vom Volk heftiger Widerstand entgegengesetzt wurde [67], fehlte diese Ablehnung bei der Anwendung des First Amendment weitgehend. Dies ist vor allem den Richtern zuzuschreiben, die in den vierziger Jahren die «preferred freedoms»-Doktrin entwickelt und damit den Boden vorbereitet hatten für eine stärkere Beachtung der im demokratischen Staat grundlegenden ideellen Grundrechte, die, in den Worten von Milton Konvitz, zu «expanding liberties» wurden [68]. Die Expansion zeigte sich nicht allein in der wachsenden Zahl der vom Supreme Court beurteilten Fälle, die «basic human freedoms» betrafen [69], sondern auch in der Anerkennung der Vereinsfreiheit als verfassungsmässiges Recht und in der Verbesserung des Schutzes der Presse vor Ehrverletzungsprozessen. Viele Autoren betrachteten fortan die im First Amendment enthaltenen Grundrechte

[63] Vgl. den Vorschlag von Berns, Virtue, 251, den Text des First Amendments wie folgt abzuändern: «Congress shall make no law ... abridging the freedom of good speech.» Zur Stellung des Supreme Court in jener Zeit Haller, 47f.

[64] Mason, 627.

[65] Vgl. die in den Anm. 61 und 62 angeführten Entscheide, ferner Justice Brennan, diss., in Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599, 612f. (1961).

[66] Mason, 628.

[67] Heinrich Kronstein hat in seinem letzten, kurz vor seinem Tod erschienenen Aufsatz «Die Entwicklung des amerikanischen Verfassungsrechts durch den Supreme Court», Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 108, 1972, anhand der Rechtsprechung des Supreme Court unter der Führung von Chief Justice Warren kritisch die Frage untersucht, inwieweit sich der Supreme Court politisch betätigen soll. Er ist dabei zur Überzeugung gelangt, dass das oberste Gericht scheitern muss, wenn es sich zum Gesetzgeber aufschwingt.

[68] So der Titel seines 1966 erschienen Buches.

[69] Abraham, 7, fasst unter diesem Ausdruck die im First Amendment enthaltenen Rechte sowie die strafprozessualen Garantien und diejenigen Bestimmungen zusammen, die die Rassengleichheit zu gewährleisten bestimmt sind. Hatten in der Sitzungsperiode 1935 36 nur zwei von 160 begründeten Urteilen «basic human freedoms» betroffen, so waren es 1970 71 deren 82 von 132 Entscheiden!

als «preferred freedoms» [70]; in den Urteilen des Supreme Court ist der Ausdruck jedoch nicht mehr verwendet worden, auch nicht von der liberalen Mehrheit anfangs der sechziger Jahre. Das Verschwinden der Formel bedeutet aber nicht, dass die ihr zugrunde liegenden Gedanken in Vergessenheit geraten sind. Welches diese Gedanken im einzelnen sind, wie sie sich in der neueren Verfassungstheorie und in der Verfassungswirklichkeit manifestieren, ist im folgenden zu zeigen.

## 3. Abschnitt: Die Gründe für eine «Preferred Position» der Grundrechte des First Amendment

### *1. Formale Gründe*

a) Die Stellung in der Bill of Rights

Der Umstand, dass das First Amendment in der Bill of Rights zuerst genannt wird, mag den Schluss nahelegen, die Verfassungsschöpfer hätten die Meinungsäusserungsfreiheit im Sinne der Garantien dieses Amendments als wichtigstes Individualrecht absichtlich zuoberst auf die Liste gesetzt. Neben anderen Autoren [71] hat zum Beispiel ROBERT B. MCKAY unter Hinweis auf den Briefwechsel zwischen Madison und dem als Vertreter der jungen Nation in Paris weilenden Jefferson zu beweisen versucht, dass zwischen der «primacy of position» und der «primacy of importance» ein enger Zusammenhang bestehe. Seiner Auffassung nach befürworteten Madison und Jefferson eine Einstufung der in die Bill of Rights aufzunehmenden Freiheiten nach ihrer Bedeutung und eine entsprechende Reihenfolge im Zusatzdokument zur Unionsverfassung [72].

Bereits ein flüchtiger Blick auf die einzelnen in der Bill of Rights aufgeführten Garantien lässt die Fragwürdigkeit dieser Theorie deutlich werden und die Reihenfolge als eher zufällig erscheinen. Die vergleichsweise unwichtigen Garantien des Rechts der Bürger, Waffen zu tragen, und des Verbots, in Friedenszeiten Truppen ohne Einwilligung des Eigentümers in Privathäusern einzuquartieren, sind bereits im Second und Third Amendment aufgenommen, vor den prozessualen Garantien und vorallem vor den erst im letzten Satzteil des Fifth Amendment festgehaltenen Due Process-Garantien für Leben, Freiheit und Eigentum. Selbst MCKAY muss an anderer Stelle zugeben, dass neben dem First Amendment nur noch das Fifth, Sixth und Seventh Amendment von Bedeutung sind [73].

[70] KONVITZ, Expanding Liberties, 233, KALVEN, The Reasonable Man, 303, SHAPIRO, Obscenity Law, 512, JOHNSON, 101.
[71] Vgl. etwa CAHN, Firstness, 464ff.
[72] MCKAY, 1188.
[73] MCKAY, 1189.

Die Entstehungsgeschichte der Bill of Rights trägt weiter dazu bei, die Stichhaltigkeit der «primacy of position  primacy of importance»-Theorie in Frage zu stellen. Einerseits hatte Madison, dem als Führer des Repräsentantenhauses die Aufgabe zufiel, den Katalog der von der Union zu gewährleistenden Grundrechte vorzubereiten, anfänglich beabsichtigt, die Garantien in den Verfassungstext zu integrieren [74]; anderseits kam das First Amendment in der endgültigen Fassung der Bill of Rights nur deshalb an diesen Platz, weil zwei andere, vorangesetzte Bestimmungen [75] von den Bundesstaaten nicht genehmigt wurden [76]. Eine «preferred position» der Meinungsäusserungsfreiheit kann deshalb nicht daraus abgeleitet werden, dass die ideellen Grundrechte in der Bill of Rights zuerst aufgeführt sind.

b) Die Absolutheit der Formulierung

Wiederholt ist in Urteilen des Supreme Court und unterer Gerichte sowie in der amerikanischen Rechtslehre die «preferred position» der First Amendment-Rechte mit der absoluten Sprache dieser Bestimmung begründet worden:

«The First Amendment is couched in absolute terms  freedom of speech shall not be abridged. Speech has therefore a preferred position as contrasted to some other civil rights [77].»

Die Autoren haben darauf hingewiesen, dass die Formulierung «Congress shall make *no* law...» grundsätzlich von der in den andern Amendments verwendeten Sprache verschieden ist, etwa vom Ausdruck «unreasonable searches and seizures» des Fourth, von der «due process of law»- und der «just compensation»-Klausel des Fifth oder dem Verbot von «cruel and unusual punishments» des Eighth Amendment. Diese und ähnliche Wendungen werden als ausfüllungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe verstanden, das First Amendment dagegen als klares, Gesetzgeber und Verwaltung bindendes Verbot.

Das Argument hat eine gewisse Berechtigung. Jede Auslegung muss beim Text beginnen, und der Text des First Amendment unterscheidet sich in seiner Klarheit und seiner Wortwahl von dem der andern Artikel der Bill of Rights, mit Ausnahme der ebenfalls absoluten prozessualen Garantien des Sixth und Seventh Amendment. Diese Verschiedenheit beruht bestimmt nicht auf einem Zufall oder einer unsorgfältigen Redaktion, sie liegt vielmehr im Bestreben der

[74] Cahn, Firstness, 468f., Krislov, 66. Der Gegenantrag auf Schaffung einer separaten Bill of Rights stammte von Roger Sherman aus Connecticut.

[75] Die eine Bestimmung hatte die Verteilung der Abgeordnetensitze auf die einzelnen Wahlkreise zum Gegenstand, die andere die Entschädigung der Abgeordneten.

[76] Krislov, 66.

[77] Justice Douglas, diss., in Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250, 285 (1952). Vgl. ferner Black, Bill of Rights, 45f., Black/Cahn, Public Interview, 549ff., Cahn, Firstness, 471, McKay, 1188f.

Verfassungsschöpfer begründet, die freie Meinungsäusserung, die während der Zugehörigkeit der amerikanischen Kolonien zu England oft missachtet worden war, unmissverständlich als eine der wesentlichsten Garantien für die Bürger und die Demokratie in der Verfassung zu verankern [78]. Selbst Justice Frankfurter, der das «preferred freedoms»-Konzept verwarf, anerkannte die Unterscheidung zwischen der Sprache des First Amendment und der der wirtschaftlichen Garantien als wesentlich. «History», stellte er fest, «through the Constitution, speaks so decisively as to forbid legislative experimentation» mit diesen Grundrechten [79].

Indessen darf aus dem Wortlaut der Bestimmung für die «preferred freedoms»-Doktrin nicht zuviel gefolgert werden. Der Text selber enthält bereits eine Einschränkung, die zwar nur die Versammlungsfreiheit betrifft, die aber als impliziter Gesetzesvorbehalt in der Praxis auf alle Grundrechte des First Amendment ausgedehnt worden ist und zu der auch von Liberalen wie Black und Emerson anerkannten Unterscheidung zwischen «speech» und «action» geführt hat. Darüber hinaus ist trotz der absoluten Formulierung des First Amendment nie bestritten worden, dass ehrverletzende und unzüchtige Äusserungen oder Veröffentlichungen unter Strafe gestellt werden können, mithin keine absolute Immunität geniessen [80]. Diese teilweisen Unstimmigkeiten zwischen Verfassungstext und Rechtsanwendung mahnen dazu, die «preferred position» zumindest nicht allein aus dem Text des First Amendment herleiten zu wollen.

*2. Materielle Gründe*

Die eben genannten formalen Gründe für eine «preferred position» der ideellen Grundrechte fussen recht eigentlich auf Äusserlichkeiten, die wenig aussagekräftig sind. Daneben finden sich aber ernster zu nehmende, grundsätzliche Überlegungen, die dem Postulat nach einer bevorzugten Behandlung der First Amendment-Rechte mehr und entscheidendes Gewicht verschaffen. Es sind dies Gedanken einerseits zur Notwendigkeit einer Wertordnung unter den Grundrechten, anderseits zur Bedeutung der freien Meinungsbildung und -äusserung für den demokratischen Staat.

a) Die Notwendigkeit einer Wertordnung unter den Grundrechten

Wer eine Kategorie von Grundrechten als «preferred freedoms» bezeichnet, setzt stillschweigend das Bestehen untergeordneter Freiheiten und damit einer

[78] McKay, 1187.
[79] In: American Federation of Labor v. American Sash and Door Co., 335 U.S. 538, 550 (1949).
[80] Vgl. etwa Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

eigentlichen Wertordnung unter ihnen voraus. Wie HANS NEF ausgeführt hat, dient alles Recht «der Erhaltung und der Verwirklichung von Werten»[81]; die Grundrechte im besonderen sind dazu bestimmt, einzelne Werte, die für das Individuum oder die Gesellschaft von grosser Bedeutung sind, vor Eingriffen des Staates oder Dritter zu schützen, ihre Verwirklichung zu ermöglichen oder gar zu fördern. Aufgabe des Verfassungsgebers ist es, unter den mannigfachen Werten diejenigen auszuwählen, denen besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden soll und deren Gewährleistung vor andern vordringlich erscheint. Aufgabe aller staatlichen Organe ist hernach, die notgedrungen fragmentarische Wertordnung zu konkretisieren, oder, in MAX KUMMERS Worten, «alle Freiheiten gegeneinander in ein zartes Gleichgewicht einzupendeln»[82]. Schliesslich sind, jedenfalls in Staaten mit wirksamer Normenkontrolle, die Verfassungsgerichte aufgerufen, Konflikte zwischen verschiedenen Werten, die grundsätzlich nebeneinander bestehen können, sich aber in bestimmten Situationen ausschliessen, zugunsten des einen und zulasten des oder der andern zu entscheiden.

Die Geschichte des amerikanischen Supreme Court zeugt vom dauernden Bemühen, in solchen Wertkonflikten Lösungen zu finden. In den letzten fünfzig Jahren ist ihm insbesondere stets wieder die Aufgabe gestellt worden, den Platz der im First Amendment enthaltenen Grundrechte im Wertgefüge des modernen demokratischen Staates zu bestimmen. Der Court hat dabei die Bedürfnisse freier Meinungsäusserung abgewogen gegen verschiedenste Werte, Polizeigüter auf der einen[83], Individualrechte auf der andern Seite[84]. Einige solcher Abwägungsfragen sollen in einem späteren Teil dieser Arbeit behandelt werden[85].

b) Die Bedeutung der freien Meinungsäusserung für den demokratischen Staat

Bei dieser Wertabwägung haben alle Justices, die sich seit 1919 zur Einstufung der First Amendment-Rechte in der Hierarchie der Werte geäussert haben, deren überragende Bedeutung für den demokratischen Staat betont[86]. Holmes, Brandeis und Cardozo wiesen als erste darauf hin, dass die Möglichkeit freier Diskussion recht eigentlich das Fundament einer wahrhaften Demokratie bilde, auf dem alle andern Freiheitsrechte ruhten[87]. Diese Gefühle einer besonderen Bedeutung der freien Meinungsäusserung, dieser Wunsch nach einem verstärkten Schutz für den «free market-place of ideas» (HOLMES) waren es, die Justice

[81] H. NEF, 190.
[82] M. KUMMER, Die Gegenwart in der Sicht des Durchschnittsbürgers, Bern 1971, 72.
[83] Vgl. Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919), Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951), Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957).
[84] Z.B. Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946), Time, Inc. v. Hill, 385 U.S. 374 (1967).
[85] Vgl. unten 5. Kapitel.
[86] Übersicht bei MCKAY, 1189f.
[87] ABRAHAM, 19f., MCKAY, 1188.

Stone zunächst in der Carolene Products-Fussnote andeutete und wenig später in seinem leidenschaftlichen Gobitis-Dissent mit der «preferred position»-Formel ausdrückte, bewegt von der Sorge um die Erhaltung der amerikanischen Demokratie in einer Welt, deren weite Teile von Diktatoren unterjocht waren, eingedenk aber auch der Misserfolge, die der Supreme Court als Verteidiger einer überholten Wirtschaftspolitik erlebt hatte. Vor diesem Hintergrund werden seine Forderungen nach besonderer Wachsamkeit der Gerichte im Dienste der Freiheit, wo Gefahr besteht, dass der freie, ungehinderte Meinungswettstreit gestört werden könnte, ebenso verständlich wie sein Postulat, die ideellen Grundrechte, deren Gewährleistung nicht dem Willen vorübergehender Mehrheiten überlassen werden dürfe, von den wirtschaftlichen Grundrechten, deren Umfang in vermehrtem Masse politischen Entscheidungen anheimgestellt werden könne, deutlich zu unterscheiden. Das wohl eindrücklichste Bekenntnis für die so begründete «preferred position» der First Amendment-Rechte legte Justice Douglas im Dennis-Urteil ab:

«Free speech has occupied an exalted position because of the high service it has given our society. Its protection is essential to the very existence of a democracy. The airing of ideas releases pressures which otherwise might become destructive. When ideas compete in the market for acceptance, full and free discussion exposes the false and they gain few adherents. Full and free discussion even of ideas we hate encourages the testing of our own prejudices and preconceptions. Full and free discussion keeps a society from becoming stagnant and unprepared for the stresses and strains that work to tear all civilization apart. Full and free discussion has indeed been the first article of our faith. We have founded our political system on it [88].»

c) Die fehlende Durchsetzbarkeit in den politischen Entscheidungsgremien

Einen weiteren, auf einer ganz anderen Ebene liegenden Grund für eine bevorzugte Behandlung der Grundrechte des First Amendment nennen Martin Shapiro und Henry J. Abraham [89]. Nach ihrer Ansicht müssen die Gerichte die Anliegen, die gestützt auf das First Amendment an sie getragen werden, in besonderem Masse berücksichtigen und schützen, um einen Ausgleich zu schaffen mit den von den andern Staatsgewalten in den Vordergrund gerückten materiellen Rechten und Bedürfnissen der Bürger. Die wirtschaftlichen und finanziellen Interessen werden von den den politischen Kurs des Landes bestimmenden oder jedenfalls wesentlich mitbestimmenden Pressure

[88] Justice Douglas, diss., in Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 584 (1951). Vgl. auch Justice Blacks Credo: «In my judgment, the very heart of the Bill of Rights is the First Amendment. Unless people can freely exercise those liberties, without loss of good name, job, property, liberty or life, a good society cannot exist. That is my faith.» Aus einer Ansprache am Swathmore College, 6. Juni 1955, zitiert bei Cahn, Firstness, 474f.

[89] M. Shapiro, Judicial Modesty, Political Reality, and Preferred Position, 175ff.; H.J. Abraham, Freedom and the Court, 25ff.

Groups geltend gemacht, und auch die vom Volk gewählten Parlamentarier betonen im allgemeinen – nicht zuletzt mit Rücksicht auf ihre Wiederwahl – die vordringliche Wichtigkeit wirtschaftlichen Wachstums, grosszügiger Sozialleistungen und nationaler Sicherheit. Dagegen findet der Kampf religiöser, politischer und ethnischer Minderheiten um ideelle Freiheitswerte kaum Unterstützung von Volksvertretern, weil ihre Anliegen zu unbedeutend erscheinen oder als mit den von der Mehrheit festgelegten Staatszielen unvereinbar gelten und dementsprechend unpopulär sind [90]. «It is a fair summary to say that safeguards of liberty have been forged in controversies involving not very nice people», bemerkte Justice Frankfurter in diesem Zusammenhang [91]. Shapiros und Abrahams Forderung geht deshalb dahin, dass die Gerichte, in erster Linie der Supreme Court mit seiner politischen Macht, solchen verhassten oder bloss geduldeten Randgruppen zu ihrem Recht verhelfen müssen; «their appeal to the judicial branch is their sole hope for the attainment of justice under law» [92]. Der Supreme Court hat sich in den letzten drei Jahrzehnten wesentlich mit ihnen befasst: Er hat in den vierziger Jahren die Glaubensausübung der Zeugen Jehovahs weitgehend geschützt, in der zweiten Hälfte des folgenden Jahrzehnts manche Kommunisten oder angebliche Kommunisten vor der völligen rechtlichen und gesellschaftlichen Ächtung bewahrt und in den sechziger Jahren die Öffentlichkeitsarbeit der schwarzen Minderheit in den Südstaaten erleichtert. Es ist wahrscheinlich, dass der Court auch in Zukunft immer wieder aufgerufen sein wird, Minderheiten, die keinen Einfluss auf den politischen Entscheidungsprozess nehmen können, seine Hilfe zu gewähren. Dieser Aufgabe darf er sich nicht entziehen [93].

d) Die Empfindsamkeit für die Bedürfnisse des freien Meinungsaustausches

Zu allen nun aufgeführten Gründen, die den ideellen Freiheitsrechten eine besondere Stellung im Rahmen des Grundrechtskataloges der Bill of Rights verschaffen sollen, gesellt sich ein weiterer, subjektiver Grund. Alle Supreme Court Justices, die für die «preferred freedoms»-Doktrin eingestanden sind, haben eine besondere Empfindsamkeit für die Bedürfnisse der freien Meinungsäusserung und -bildung bewiesen. Es fällt auf, dass Black, Douglas, Murphy und Rutledge, die liberalen Richter während der Blütezeit der «preferred freedoms», in manchen Fällen ihre Begründungen auf das First Amendment stützten, wo die anderen Richter keine damit in Zusammenhang stehenden

90 Abraham, 25, Shapiro, Preferred Position, 197.

91 United States v. Rabinovitz, 339 U.S. 56 (1950); Gellhorn, 50.

92 Abraham, 26, Shapiro, Preferred Position, 197. Ähnlich L. Hand, 69, der zwar selber eher dem judicial restraint zuneigte, aber den Schutz von Minderheiten als Rechtfertigung für den richterlichen Aktivismus anerkannte.

93 Im gleichen Sinn Haller, 322.

Probleme erkannten. So wurde in Baumgartner v. United States [94] dem aus Deutschland eingewanderten und 1932 eingebürgerten Baumgartner die amerikanische Staatsbürgerschaft entzogen, weil er öffentlich Hitler unterstützt hatte. Die Mehrheit der Richter des Supreme Court, an den er sich vergeblich wendete, behandelte den Fall bloss unter dem Gesichtspunkt einer allfälligen Verletzung des Nationality Act von 1940, der die Fragen des Bürgerrechts regelte und unter anderem bestimmte, dass amerikanische Staatsbürger deutscher oder japanischer Abstammung zwangsweise ausgebürgert werden dürften [95]. Für die liberale Gruppe bekämpfte Justice Murphy die Ausweisung Baumgartners: Die Mehrheit des Court habe vergessen, die Grundrechte des First Amendment zu berücksichtigen, die dem eingebürgerten Amerikaner so gut zustünden wie dem im Lande geborenen Bürger [96].

Am deutlichsten ausgedrückt vielleicht findet sich die besondere Sorge um die Bewahrung des ungehinderten Meinungsaustausches, das Bestreben um Offenhaltung aller Diskussionsmöglichkeiten und das Bemühen, den Grundrechten des First Amendment einen bevorzugten Platz zu sichern, in Justice Douglas' Begründung des Urteils Terminiello v. Chicago aus dem Jahre 1949 [97], die Douglas noch im Jahre 1972 als seine wichtigste opinion bezeichnete [98]. In einem mit fünf zu vier Stimmen gefällten Urteil sprach der Supreme Court Terminiello, einen von seinem Amt suspendierten katholischen Priester von der Anschuldigung ordnungswidrigen Verhaltens frei, der in einer flammenden Rede vor einer grossen Zuhörerschaft andere religiöse Gruppen und politische Parteien aufs heftigste angegriffen und dadurch im und vor dem Saal Tumulte verursacht hatte. In seiner Begründung stellte Douglas nicht die Handlungen des Beschwerdeführers, sondern allgemeine grundrechtliche Überlegungen in den Vordergrund:

«A function of free speech under our system of government is to invite dispute. It may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger. Speech is often provocative and challenging. It may strike at prejudices and preconceptions and have profound unsettling effects as it presses for acceptance of an idea. That is why freedom of speech, though not absolute ... is nevertheless protected against censorship or punishment,

[94] 322 U.S. 665 (1944); ähnlich Thomas v. Collins, 323 U.S. 516 (1944).

[95] Vgl. dazu die Urteile Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81 (1943), Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944), Ex part Mitsuye Endo, 323 U.S. 283 (1944); ferner Duncan v. Kahanamoku, 327 U.S. 304 (1946).

[96] «The naturalized citizen has as much right as the natural-born citizen to exercise the cherished freedoms of speech, press and religion, and without ‚clear, unequivocal and convincing' proof that he did not bear or swear true allegiance to the United States at the time of the naturalization he cannot be denaturalized.» Justice Murphy, diss., 322 U.S. 665, 680.

[97] 337 U.S. 1.

[98] In einer Ansprache vor den Studenten der juristischen Fakultät der Georgetown University, Washington, D.C.

unless shown likely to produce a clear and present danger of a serious substantive evil that rises far above public inconvenience, annoyance, or unrest... There is no room under our Constitution for a more restrictive view. For the alternative would lead to standardization of ideas either by legislatures, courts, or dominant political or community groups [99].»

e) Die sogenannte «gefühlsmässige» Rechtfertigung der Preferred Position

Im Urteil Cohen v. California [100] war zu prüfen, ob jemand den Schutz des First Amendment beanspruchen dürfe, der in aller Öffentlichkeit ein Kleidungsstück trug, auf dem eine vulgäre Aufschrift sichtbar war. Justice Harlan führte aus, dieser Schutz müsse gewährt werden, da sonst eine blosse Äusserung – ohne sie begleitende Handlung – unter Strafe gestellt würde, und fügte bei:

«Additionally, we cannot overlook the fact, because it is well illustrated by the episode involved here, that much linguistic expression serves a dual communicative function: it conveys not only ideas capable of relatively precise, detached explications, but otherwise inexplicable emotions as well. In fact, words are often chosen as much for their emotive as their cognitive force. We cannot sanction the view that the Constitution, while solicitous of the cognitive content of individual speech, has little or no regard for that emotive function which, practically speaking, may be the more important element of the overall message sought to be communicated [101].»

Unter Hinweis auf diese Aussage ist in einem unlängst erschienenen Aufsatz eine «gefühlsmässige» Begründung der «preferred position» entwickelt worden. Danach müssen die Grundrechte des First Amendment möglichst umfassend gewährleistet sein, damit der moderne Mensch, der ungeheurem Druck ausgesetzt sei und unter Frustrationen leide, sich seiner aufgestauten Aggressionen von Zeit zu Zeit wenigstens verbal entledigen könne, ohne gleich eine Bestrafung befürchten zu müssen [102].

## 4. Abschnitt: Die Elemente der «Preferred Freedoms»-Doktrin

Der Supreme Court hat eine Vielzahl von Hilfsmitteln entwickelt, die, für sich allein oder kombiniert, die bevorzugte Behandlung der im First Amendment enthaltenen Grundrechte ermöglichen sollen. Der Court hat sich nicht

[99] 337 U.S. 4f.
Der Mehrheitsentscheid wurde von der Minderheit, die wenige Monate später Oberhand gewinnen sollte, scharf kritisiert. So bemerkte Justice Jackson, unterstützt von Frankfurter und Burton (der vierte Dissenter, Chief Justice Vinson, schrieb eine eigene Begründung): «The choice is not between order and liberty. It is between liberty with order and anarchy without either. There is danger that, if the Court does not temper its doctrinaire logic with a little practical wisdom, it will convert the constitutional Bill of Rights into a suicide pact.» Ibid., 37.

[100] 403 U.S. 15 (1971).

[101] Ibid., 26.

[102] T.H. Peebles, The Preferred Position Re-examined: An Emotive Justification, Journal of Urban Law *51* (1973/74) 255ff.

damit begnügt, seine Überzeugung bezüglich der «preferred position» dieser Rechte verbal zu bekräftigen, sondern sich bemüht, die Werkzeuge zu schmieden, die erforderlich sind, um diese Stellung zu sichern. Es fällt auf, dass einige dieser Hilfsmittel bereits vor der erstmaligen Verkündung der Doktrin geschaffen worden waren, während andere erst im Laufe der Zeit entstanden. Das kann nur so gedeutet werden, dass die «preferred position»-Doktrin nicht isoliert zu verstehen ist, sondern sich auf Grundsätze stützt, die seit fünfzig Jahren anerkannt und heute unbestritten sind, auch wenn der eigentlichen Doktrin nach aussen hin nur eine kurze Lebensdauer beschieden war.

*1. Die Einschränkung der Vermutung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen*

In der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung gilt der Grundsatz, dass derjenige die Verfassungswidrigkeit eines Rechtsetzungs- oder Rechtsanwendungsaktes beweisen muss, der sich im Einzelfall darauf beruft. Die Verfassungsmässigkeit der Gesetze und ihrer Anwendung wird somit vermutet [103]. Das gilt insbesondere für staatliche Tätigkeit im wirtschaftlichen und sozialen Bereich; zumindest seit 1937 versagt hier der Supreme Court Gesetzen nur dann die Anerkennung, wenn sie auf Motiven beruhen, die vor der Verfassung offensichtlich nicht stand halten können; die Normenkontrolle des obersten Verfassungsgerichtes beschränkt sich auf ein Willkürverbot [104]. Anders liegen die Dinge bei den ideellen Grundrechten des First Amendment: In der bereits mehrfach erwähnten Carolene Products-Fussnote [105] deutete Justice Stone in sehr allgemein gehaltenen Worten – ihre richtige Auslegung finden sie erst im Zusammenhang mit Stones späteren Äusserungen zum gleichen Gegenstand – erstmals an, dass für Gesetze, die die freie Meinungsäusserung einschränken, die Vermutung der Verfassungsmässigkeit nicht im gleichen Masse gelten kann. Stones Gedanke, der seither immer wieder aufgenommen worden ist, geht dahin, dass – selbst wenn das «Congress shall make *no* law ...» des Verfassungstextes nicht so absolut verstanden werden kann – gesetzgeberische Eingriffe in die ideellen Grundrechte eingehend auf ihre Berechtigung und Notwendigkeit zu untersuchen sind. Die besondere Bedeutung dieser Grundrechte für den demokratischen Staat verbietet es, die nur auf einer «rational basis» beruhenden Einschränkungen zuzulassen. Darüberhinaus muss nachgewiesen werden, dass eine gewisse Beschneidung der Meinungsäusserungsfreiheit unerlässlich ist, um ein bestimmtes, wesentliches Rechtsgut zu schützen oder ein vordring-

[103] Hausheer, 29.
[104] McKay, 1213, Drinker, 27.
[105] United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152 (1938). Vgl. den Wortlaut der Fussnote oben S. 72.

liches Staatsziel verwirklichen zu können. Die staatlichen Behörden haben die Notwendigkeit des Eingriffes darzutun, und die Gerichte entscheiden über die Berechtigung der Einschränkung. Insofern kann von einer Umkehrung der Beweislast gesprochen werden [106]. Unzutreffend ist dagegen die hie und da geäusserte Behauptung, das «preferred position»-Konzept basiere auf der Vermutung der Verfassungswidrigkeit von das First Amendment betreffenden Staatsakten [107]. Ein Blick auf die Rechtsprechung widerlegt eine solche Behauptung: Während der Dominanz der liberalen Mehrheit am Supreme Court in den vierziger Jahren wurden einige wenige gliedstaatliche Erlasse, aber keine Bundesgesetze als dem First Amendment widersprechend aufgehoben. Erst im Jahre 1965 wurde zum ersten – und bislang einzigen – Mal ein Bundesgesetz aufgrund der erwähnten Richtlinien für verfassungswidrig erklärt. In diesem Urteil, Lamont v. Postmaster General [108], wurde ein Erlass als gegen das First Amendment verstossend aufgehoben, nach welchem ausländische Zeitungen und Zeitschriften, die vom Finanzminister (sic!) als kommunistische Propaganda bezeichnet worden waren, bei ihrem Eintreffen in den USA von den Postbehörden zurückbehalten werden mussten und dem Adressaten nur auf ausdrückliches Begehren ausgehändigt werden durften [109].

Dadurch, dass die Vermutung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen und ihrer Anwendung eingeschränkt ist, wo ideelle Grundrechte beeinträchtigt werden könnten, ist den Gerichten die Möglichkeit gegeben, im Interesse grösstmöglicher Freiheit des Bürgers die Tätigkeit der andern Staatsgewalten wirkungsvoll zu überwachen.

### *2. Die präzise Umschreibung gesetzlicher Erlasse*

Die «preferred position»-Doktrin schliesst nach dem eben Gesagten gesetzliche Einschränkungen der in Frage stehenden Grundrechte nicht aus, sie erheischt jedoch eine präzise und enge Umschreibung der Tatbestände. Justice Brennan begründete dieses Erfordernis wie folgt:

«If there is an internal tension in a statute between proscription and protection, we cannot assume that, in subsequent enforcement, ambiguities will be resolved in favor of adequate protection of First Amendment rights. Broad prophylactic rules in the area of free expression are suspect. Precision of regulation must be the touchstone in an area so closely touching our most precious freedoms [110].»

[106] McKay, 1213, Krislov, 117, Shapiro, Freedom of Speech, 116.
[107] Antieau, Clear and Present Danger, 622, Drinker, 27, Loewenstein, 491.
[108] 381 U.S. 301 (1965).
[109] 76 Stat. 840 (1962). Vgl. die Kommentare zum Lamont-Case von Emerson, System, 150ff., und Abraham, 175f.
[110] N.A.A.C.P. v. Button, 371 U.S. 415, 438 (1963). Ferner Brennans opinion in Dombrowski v. Pfister, 380 U.S. 479, 486f. (1965).

Zu unbestimmte Einschränkungen und Strafdrohungen, betonte Brennan weiter, könnten eine abschreckende Wirkung auf diejenigen ausüben, die vom Recht auf freie Meinungsäusserung Gebrauch machen möchten. Massive Strafandrohungen könnten daher genau so schädlich sein wie einige exemplarische Bestrafungen [111].

In mehreren Urteilen hat der Supreme Court sein Bemühen bekundet, eine genaue Umschreibung von Beschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit zu fordern und durchzusetzen. Deutlich geworden ist dieses Bemühen etwa in den Entscheiden, in denen der Umfang zulässiger kommunistischer Tätigkeit zu bestimmen war. In Yates v. United States [112] beispielsweise legte Justice Harlan grosses Gewicht auf die Unterscheidung zwischen erlaubter «advocacy of abstract doctrine» und strafbarer «advocacy directed at promoting unlawful action» [113].

Aus der bisherigen Rechtsprechung ergibt sich, dass der Court eine Bestimmung aufhebt, wo sich eine gesetzliche Formulierung, auf die sich die staatlichen Organe zur Einschränkung von First Amendment-Rechten stützen, als zu unbestimmt oder zu umfassend erweist. Dabei wird in konstanter Rechtsprechung, die auf das Urteil Cantwell v. Connecticut [114] zurückgeht, die fragliche Bestimmung als solche aufgehoben, ohne dass noch geprüft würde, ob im konkreten Fall das Verhalten des Individuums mit einer präziseren Umschreibung hätte erfasst werden können. So führte Justice Reed im Entscheid Winters v. New York [115] aus:

«It is settled that a statute so vague and indefinite, in form and as interpreted, as to permit within the scope of its language, the punishment of incidents fairly within the protection of the guarantee of free speech is void, on its face, as contrary to the Fourteenth Amendment [116].»

Das «void on its face»-Prinzip, das bisher nur bei First Amendment-Rechten Anwendung gefunden hat, ist geeignet, den ideellen Grundrechten zu einer bevorzugten Stellung zu verhelfen, weil damit der Court, der sonst die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen nur im konkreten Streitfall und mit tunlicher Beschränkung auf die unbedingt zu entscheidenden Fragen prüft, in der Lage

[111] 371 U.S. 433.

[112] 354 U.S. 298 (1957).

[113] Ibid., 318. Vgl. ferner die opinion von Justice Stewart, conc., in Baird v. Arizona, 401 U.S. 1, 9 (1971): «Mere membership in an organization can never, by itself, be sufficient ground for a State's imposition of civil disabilities or criminal punishment. Such membership can be quite different from knowing membership in an organization advocating the overthrow of the Government by force or violence, on the part of one sharing the specific intent to further the organization's illegal goals.» Ebenso Carroll v. President and Commissioners of Princess Anne, 393 U.S. 175 (1968).

[114] 310 U.S. 296 (1940).

[115] 333 U.S. 507 (1948).

[116] Ibid., 509.

ist, auch künftige Beeinträchtigungen und bloss mögliche Bedrohungen, die der Meinungsäusserungsfreiheit und den andern, mit ihr eng verbundenen Grundrechten aus einem Erlass erwachsen könnten, zu verhindern [117].

### *3. Das Verbot präventiver Eingriffe*

Die amerikanischen Verfassungsschöpfer hatten die Absicht, die freie Meinungsäusserung umfassender zu gewährleisten als dies in England der Fall war [118]. Die nachträgliche Bestrafung von Äusserungen sollte eingeschränkt werden; vor allem aber bestand Einigkeit darüber, dass präventive Eingriffe wie die Vorzensur oder das Verbot, eine Zeitung künftighin erscheinen zu lassen, jedenfalls in Friedenszeiten vor dem First Amendment nicht bestehen könnten. Dem Supreme Court bot sich im Jahre 1931 Gelegenheit, diesem ungeschriebenen Grundsatz Nachachtung zu verschaffen. Ein in Minneapolis im Bundesstaat Minnesota erscheinendes Wochenblatt hatte die Stadtväter mehrfach der Unfähigkeit und Bestechlichkeit bezichtigt. Da die verantwortlichen Herausgeber diese Anschuldigungen trotz wiederholter Verurteilungen wegen Ehrverletzung fortsetzten, entschied das oberste gliedstaatliche Gericht, das Erscheinen des Blattes bis auf weiteres zu untersagen. Mit der knappen Mehrheit von fünf zu vier Stimmen hob der Supreme Court diese Verfügung auf, wobei Chief Justice Hughes ausführte:

«The exceptional nature of its limitations places in a strong light the general conception that liberty of the press, historically considered and taken up by the Federal Constitution, has meant, principally although not exclusively, immunity from previous restraints or censorship [119].»

Das Verbot ist seither kaum bestritten worden. Selbst im Zweiten Weltkrieg wurde – wie übrigens auch in der Schweiz [120] – die grundsätzliche Unzulässigkeit präventiver Eingriffe in die ideellen Grundrechte bestätigt. Unlängst hat der Supreme Court in dem grosse Wellen werfenden Pentagon Papers Case im Jahre 1971 seine bisherige Haltung bekräftigt und das Ansinnen der Regierung abgewiesen, aus Gründen der nationalen Sicherheit die weitere Publikation von geheim bezeichneten Dokumenten über den Vietnamkrieg zu untersagen [121]. Enttäuschend farblos blieb allerdings die kurze «per curiam»-Begründung, auf die sich sechs Richter einigten [122].

[117] Krislov, 122ff., Ch. A. Wright, 45.
[118] Vgl. oben S. 24.
[119] Near v. Minnesota, 283 U.S. 697, 715f. (1931).
[120] Wo allerdings eine gewisse Zensur bejaht wurde.
[121] The New York Times v. United States und United States v. The Washington Post, 403 U.S. 713 (1971).
[122] Ibid., 714: «Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity. The Government thus carries a heavy burden of

Das Verbot präventiver Eingriffe gegen die im First Amendment gewährleisteten Grundrechte ist für die freie Meinungsäusserung deshalb von grösster Bedeutung, weil ohne diese Schranke die staatlichen Organe über die Möglichkeit verfügten, auf administrativem Weg den freien Meinungsaustausch wirksam zu stören und den ihnen nicht genehmen Teil des Informationsflusses an der Quelle versiegen zu lassen [123].

*4. Die Durchsetzung gegenüber den States*

Bezeichnenderweise hielt der Supreme Court - beginnend im Jahre 1925 mit dem Gitlow-Case – dafür, dass die Rede- und Pressefreiheit sowie die Freiheit der Glaubensausübung, wie sie im First Amendment garantiert werden, auch gegenüber den States durchsetzbar sein müssten, bevor der gleiche Gedanke auch bezüglich anderer Grundrechte geäussert wurde. Die Ausgestaltung dieses zusätzlichen Schutzes, der nach Justice Frankfurter den grundlegendsten Freiheitsrechten vorbehalten bleiben muss, ist im einzelnen bereits dargestellt worden [124]; es genügt festzuhalten, dass der Court mit dieser Rechtsprechung schon früh für die Belange der freien Meinungsäusserung grosses Interesse bekundete und sich für eine Rechtsvereinheitlichung einsetzte, die erst einen umfassenden Rechtsschutz ermöglichen konnte und die Rechtssicherheit förderte. Denn für die Bewahrung der Grundrechte des First Amendment ist die Anwendbarkeit gegenüber den States essentieller als für die meisten andern Grundrechte, da die freie Meinungsäusserung nicht in erster Linie durch Erlasse der Union gefährdet werden kann, sondern durch einzelstaatliche Gesetze und Verfügungen der lokalen Polizeibehörden.

*5. Die Ausdehnung des State Action-Begriffes*

Wie ausgeführt, können die Grundrechte der Bill of Rights nur gegen Verletzungen durch hoheitliches Handeln des Staates, sog. «state action», angerufen werden, nicht aber gegen Eingriffe Dritter. An diesem Grundsatz ist bis heute festgehalten worden, auch wenn er einige Ausnahmen erfahren hat, so die, dass als «state action» die Ausübung staatlicher Aufgaben durch Privatpersonen gilt und dass Grundrechtsverletzungen auch überprüft werden können, wenn hoheitliches Handeln nur zum kleinsten Teil die Verletzung verursacht

showing justification for the imposition of such a restraint. The District Court for the Southern District of New York in the New York Times case and the Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in the Washington Post case held that the Government had not met that burden. We agree.» (Zitate weggelassen.)

[123] Emerson, System, 506, McKay, 1216.

[124] Vgl. oben S. 27ff.

hat. Wo sich in Fällen des First Amendment ein «state action»-Problem stellte [125], war der Supreme Court fast immer bereit, den Begriff des hoheitlichen Handelns erheblich zu erweitern, um einen umfassenden Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit zu gewährleisten. In Marsh v. Alabama [126], einem Urteil aus dem Jahre 1946, in dem sich die Mehrheit der Richter auf die «preferred freedoms»-Doktrin stützte, wurde entschieden, dass sich die Einwohner einer sogenannten «company town», einer von einem wirtschaftlichen Unternehmen errichteten, von ihm betriebenen und ihm gehörenden Stadt, gegen ein durch dieses Unternehmen verfügtes Verbot, auf den Strassen der Stadt Flugblätter zu verteilen, auf das First Amendment berufen konnten. In gleicher Weise wurde 1968 der Fall Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza, Inc. [127] entschieden. Hier wurde den Mitgliedern einer Gewerkschaft das aus dem First Amendment abgeleitete Recht eingeräumt, vor einem bestreikten Ladengeschäft Streikposten aufzustellen, obwohl das Geschäft Teil eines grossflächigen privaten Einkaufszentrums bildete. In beiden Fällen hielt der Supreme Court dafür, dass den an sich privaten Örtlichkeiten dermassen öffentliche Funktionen zukämen, dass der demokratische Meinungsaustausch gewährleistet und vom Staat geschützt werden müsse [128]. Wie noch zu zeigen sein wird, hat diese Rechtsprechung in jüngster Zeit eine gewisse Einschränkung erfahren, was das Verhältnis zwischen den ideellen Grundrechten und der Eigentumsgarantie betrifft. Der erweiterte «state action»-Begriff ist aber auch in den in Frage stehenden Fällen, Central Hardware Co. v. NLRB [129] und Lloyd Corp. v. Tanner [130], nicht ersetzt worden [131]. «State action» wird auch bei anderen, grundsätzlich privatrechtlichen Rechtsbeziehungen angenommen: Bezüglich des Verhältnisses zwischen einer Gewerkschaft und ihren Mitgliedern entschied der Supreme Court im Urteil Railway Employees' Department v. Hanson [132] und im Urteil International Association of Machinists v. Street [133], dass die einzelnen Mitglieder behauptete Verletzungen ihrer Meinungsfreiheit durch die Arbeiterorganisation vor den Gerichten einklagen dürfen. Ähnlich wurde einem Anwaltsverband auferlegt, die First Amendment-Rechte seiner Mitglieder zu respektieren [134]. Daraus folgt, dass «state action» in

[125] Zu diesem Problem allgemein EMERSON, System. 678 ff.
[126] 326 U.S. 501.
[127] 391 U.S. 308.
[128] Vgl. ferner den New Yorker Entscheid Farmer v. Moses, 232 F. Supp. 154 (S.D.N.Y. 1964), in dem das Postieren von Streikposten auf dem privaten Areal der seinerzeitigen New Yorker Weltausstellung geschützt wurde.
[129] 407 U.S. 539 (1972).
[130] 407 U.S. 551 (1972).
[131] Ibid., 567.
[132] 351 U.S. 225 (1956).
[133] 367 U.S. 740 (1961).
[134] Lathrop v. Donohue, 367 U.S. 820 (1961).

Streitigkeiten um ideelle Grundrechte immer dann bejaht wird, wenn Handlungen grosser, staatlich anerkannter oder eingesetzter Berufsverbände sowie politischer Parteien angefochten werden.

*6. Die Erleichterung des «Standing to Sue»*

Die amerikanische Verfassung sieht nur die konkrete, nicht aber die viel umfassendere abstrakte Normenkontrolle vor. Diese Beschränkung ergibt sich aus Article III Section 2 der Unionsverfassung, der die Gerichte ermächtigt, in «cases» und «controversies» zu urteilen. Ein Bürger kann demnach nur dann einen Rechtsetzungs- oder Rechtsanwendungsakt als verfassungswidrig anfechten, wenn er dadurch persönlich in seinen eigenen Rechten betroffen oder bedroht ist [135]. Dagegen treten die Gerichte nicht ein auf Klagen über behauptete Verfassungsverletzungen, die den Kläger nur indirekt berühren – beispielsweise Klagen über die Verwendung von Steuergeldern aufgrund eines verfassungswidrigen Gesetzes –, oder auf Klagen, die die Verletzung verfassungsmässiger Rechte Dritter zum Gegenstand haben. Von dieser Regel ist der Supreme Court in den letzten Jahren auf dem Gebiet des First Amendment in bemerkenswerter Weise abgewichen. Den entscheidenden Schritt tat er in N.A.A.C.P. v. Alabama ex rel. Patterson [136], wo der «National Association for the Advancement of Colored People», der grössten, als gemässigt geltenden Organisation der schwarzen Minderheit, das Recht zugestanden wurde, vor den Gerichten einen Erlass der Behörden von Alabama als die Vereinsfreiheit ihrer Mitglieder verletzend anzufechten; einen Erlass, mit dem die Veröffentlichung der Mitgliederlisten der Organisation hätte erzwungen werden sollen. Spätere Entscheide haben die Ausnahme zugunsten der First Amendment-Grundrechte bestätigt. Weshalb die strengen «standing to sue»-Vorschriften gerade für die Meinungsäusserungsfreiheit gelockert wurden, erläuterte Justice Brennan wie folgt:

«We have fashioned this exception to the usual rules governing standing ... because of the ‚danger of tolerating in the area of the First Amendment freedoms, the existence of a penal statute susceptible of sweeping and improper application' (N.A.A.C.P. v. Button, 371 U.S. 415, 433). If the rule were otherwise, the contours of regulation would have to be hammered out case by case – and tested only by those hardy enough to risk criminal prosecution to determine the proper scope of regulation [137].»

[135] Massachusetts v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923); McKay, 1217, Haller, 147.
[136] 357 U.S. 449 (1958).
[137] Dombrowski v. Pfister, 380 U.S. 479, 486 (1965). Vgl. auch Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51, 56 (1965), und Douglas, Bill of Rights, 140, sowie Wright, 49 und McKay, 1217f.

*7. Prozessuale Garantien zugunsten des First Amendment*

Die bisher aufgezählten materiellrechtlichen Hilfsmittel, die bestimmt und geeignet sind, die Stellung der Grundrechte des First Amendment zu stärken, werden ergänzt durch eine Reihe verfahrensrechtlicher Grundsätze, die verschiedenen Teilbereichen der ideellen Grundrechte zugute kommen.

Allgemein wird anerkannt, dass die lokalen Behörden befugt sind, öffentlich angekündigte Versammlungen und Manifestationen in ordentliche Bahnen zu lenken und Beschränkungen bezüglich Ort und Zeit solcher Kundgebungen zu verfügen. Die Behörden müssen aber ihrerseits gewisse Grundregeln beachten. In einer langen Reihe von Entscheiden hat der Supreme Court diesbezügliche Verordnungen immer dann aufgehoben, wenn sie den Entscheid über Erteilung oder Verweigerung der Bewilligung einer Verwaltungsstelle übertrugen, die über ein unbeschränktes Ermessen verfügte, ohne dass eine den Erfordernissen der Verfassung genügende gerichtliche Anfechtungsmöglichkeit bestand [138].

Auch bei der Filmzensur, die in mehreren Bundesstaaten vorgesehen und vom Supreme Court wiederholt für zulässig erklärt worden ist [139], helfen prozessuale Sicherungen mit, die Wirkung des Eingriffes in das First Amendment abzuschwächen. Es muss Gewähr bestehen, dass nicht in einem Administrativverfahren endgültig entschieden wird, sondern dass der Entscheid der Zensurbehörde vor die ordentlichen Gerichte weitergezogen werden kann [140]. Dabei ist ein besonderes, beschleunigtes Verfahren vorzusehen, damit Filmproduzent, Verleiher und Leiter der Filmtheater nicht über längere Zeit im Unklaren gelassen werden, ob ein Film öffentlich vorgeführt werden darf. Der Court hat entschieden, dass eine Gesamtdauer des Administrativverfahrens von 50–55 Tagen zu lang ist [141].

Was die Verteilung der Beweislast betrifft, haben wir gesehen, dass die «preferred freedoms»-Doktrin nicht ihre generelle Umkehrung mit sich bringt, wohl aber ein Abrücken von den allgemeinen Grundsätzen. So hat jedenfalls bei präventiven Eingriffen – soweit sie, wie die Filmzensur, überhaupt als zulässig erachtet werden – der Staat die Beweislast zu tragen. Sie ist ihm auch in anderen

[138] Lovell v. City of Griffin, 303 U.S. 444 (1938), Hague v. CIO, 307 U.S. 496 (1939), Schneider v. State, 308 U.S. 147 (1939), Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940), Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940), Cox v. New Hampshire, 312 U.S. 569 (1941), Largent v. Texas, 318 U.S. 418 (1943), Niemotko v. Maryland, 340 U.S. 268 (1951), Staub v. City of Baxley, 355 U.S. 313 (1958), Shuttlesworth v. Birmingham, 394 U.S. 147 (1969). Beispiele zulässiger Verordnungen finden sich in Poulos v. New Hampshire, 345 U.S. 395 (1953) und Cox v. Louisiana, 379 U.S. 536 (1965).

[139] Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952), Kingsley International Pictures Corp. v. Regents of the University of the State of New York, 360 U.S. 684 (1959), Times Film Corp. v. Chicago, 365 U.S. 43 (1961), Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51 (1965), Teitel Film Corp. v. Cusack, 390 U.S. 139 (1968).

[140] Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51, 58ff.

[141] Teitel Film Corp. v. Cusack, 390 U.S. 139.

Fällen überbunden worden [142, 143]. Selbst wenn man sich der einmal von Justice Black geäusserten Ansicht nicht anschliessen will, wonach die prozessualen Garantien in der Bill of Rights vorab bestimmt seien, in Ergänzung des First Amendment die Meinungsäusserungsfreiheit abzusichern [144], darf man festhalten, dass genügend Möglichkeiten vorhanden sind und vom Supreme Court benützt werden, um die Bedeutung der ideellen Grundrechte auch verfahrensrechtlich in Rechnung zu stellen.

## 5. Abschnitt: Das Verhältnis der «Preferred Freedoms»-Doktrin zu den andern das First Amendment betreffenden Auslegungsregeln

### *1. Das Verhältnis zum CPD-Test*

Wenn die Beziehungen zwischen der «preferred freedoms»-Doktrin und dem «clear and present danger»-Test an dieser Stelle behandelt werden, dann vor allem, um die in der Arbeit gewählte Systematik beizubehalten. Denn der «clear and present danger»-Test hätte mit guten Gründen auch als eines der Elemente angeführt werden können, die den Grundrechten des First Amendment zur «preferred position» verholfen haben.

Von Justice Holmes 1919 in der Absicht geschaffen, der Meinungsäusserungsfreiheit einen möglichst grossen Spielraum zu verschaffen, wurde der «clear and present danger»-Test in den ersten zwei Jahrzehnten danach von einer konservativen Richtermehrheit am Supreme Court gegen den Willen seines Schöpfers ausgelegt und angewendet. Erst Ende der dreissiger Jahre fand ein liberalerer Court zu Holmes' Grundsätzen zurück, und zur gleichen Zeit äusserte Justice Stone in der Carolene Products-Fussnote erstmals die Gedanken, aus denen sich die «preferred freedoms» entwickelten. Von da an fand der «clear and present danger»-Test regelmässig Anwendung, um Polizeieingriffe gegen die ideellen Grundrechte auf ein Mindestmass zu beschränken, und die

[142] Im Urteil Speiser v. Randall, 357 U.S. 513 (1958), zum Beispiel war die Verfassungsmässigkeit eines kalifornischen Steuergesetzes zu überprüfen, nach dem ein bestimmter Steuerabzug nur denjenigen Personen zugestanden werden sollte, die eidesstattlich zu bestätigen bereit waren, dass sie weder den gewaltsamen Umsturz der Regierung planten noch im Kriegsfall eine fremde Macht gegen die USA unterstützen würden. Überdies sah der Erlass vor, dass in Fällen, in denen die Steuerbehörden nicht überzeugt waren, dass der Eid ehrlich gemeint war, dem Steuerpflichtigen der Beweis für die Richtigkeit seiner Angaben obliegen sollte. Der Supreme Court hob diese höchst zweifelhafte Vorschrift auf, wobei Justice Brennan ausführte, die Due Process-Grundsätze verlangten im konkreten Fall, dass der Staat die Beweislast trage, wo das überragend wichtige Rechtsgut der Redefreiheit betroffen sei.

[143] Vgl. dazu McKay, 1221.

[144] So seine diss. op. in Feldman v. United States, 322 U.S. 487, 501 f. (1944); ferner Norris, 103 f.

glückliche Verbindung von «preferred freedoms»-Doktrin und «clear and present danger»-Test schuf die Grundlage für eine Reihe von Entscheiden, die die Meinungs-, Versammlungs- und Religionsfreiheit gegen polizeiliche Eingriffe schützten [145]. Als Beispiel für das Zusammenwirken der beiden Auslegungsinstrumente sei das Urteil Thomas v. Collins [146] erwähnt, in welchem der Supreme Court ein texanisches Gesetz für verfassungswidrig erklärte, das eine Bewilligungspflicht für die Mitgliederwerbung durch Gewerkschaftsfunktionäre vorsah. In der Begründung führte Justice Rutledge zunächst aus, dass «the great, the indispensable democratic freedoms secured by the First Amendment» im amerikanischen Grundrechtssystem eine bevorzugte Stellung einnähmen, weshalb zweifelhafte Eingriffe in diese Rechte nicht zulässig seien, um dann fortzufahren:

«For these reasons any attempt to restrict those liberties must be justified by clear public interest, threatened not doubtfully or remotely, but by clear and present danger [147].»

Der «clear and present danger»-Test ist nach dieser Rechtsprechung als Hilfsmittel wirksam, um der liberalen Grundhaltung der «preferred freedoms»-Doktrin zum Durchbruch zu verhelfen; gleichzeitig aber dient er als Schranke, um eine ungebundene, willkürliche Freiheit, die jede staatliche Ordnung verunmöglichen müsste, zu verhindern. So verstanden und angewendet ergänzen sich die beiden Instrumente in idealer Weise, sie überdecken sich indessen nicht. Während die «preferred freedoms»-Doktrin vorweg das Verhältnis zwischen den Grundrechten des First Amendment und den anderen Freiheitsrechten zum Gegenstand hat, grenzt der «clear and present danger»-Test die individuelle Freiheit vom polizeilichen Eingriffsrecht ab. Mit anderen Worten: Der «clear and present danger»-Test ist die konkrete Richtlinie für die Entscheidung des Einzelfalles, deren die Grundrechte des First Amendment bedürfen, um als «preferred freedoms» gelten zu können.

Zwei Einschränkungen sind zu machen. Einmal ist der «clear and present danger»-Test keine umfassende Auslegungsregel, die auf alle First Amendment-Probleme angewandt werden könnte; seiner Entstehungsgeschichte entsprechend ist er nur bestimmt, bei Konflikten zwischen Ansprüchen der Meinungsäusserungsfreiheit und denjenigen staatlicher Sicherheit Lösungen zu vermitteln. Zum andern ist der «clear and present danger»-Test ein doch recht unpräzises Instrument, das dem Richter, der es verwendet, grosses Ermessen einräumt. Tatsächlich ist der Test in der Vergangenheit nicht selten dazu verwendet worden, missliebige Äusserungen zu untersagen und ihre Urheber zu

145 Loewenstein, 491.
146 323 U.S. 516 (1945).
147 323 U.S. 529 f. (Zitate im Text weggelassen).

bestrafen, unter Berufung auf irgendwelche, dem Staat drohende Gefahren, deren Verwirklichung zumindest rückblickend als äusserst unwahrscheinlich bezeichnet werden muss [148]. Es dürften diese eigentlich atypischen Urteile gewesen sein, die ROBERT MCKAY, einen der überzeugtesten Verfechter der «preferred freedoms»-Doktrin, zur Forderung veranlassten: «For the preferred position to assume its proper role it is necessary that the danger test be rejected [149].» Die Forderung ist abzulehnen; der im freiheitlichen Sinn seines Schöpfers Holmes angewendete «clear and present danger»-Test scheint im Gegenteil das beste Mittel, um die «preferred position»-Doktrin in die Wirklichkeit umzusetzen [150].

### *2. «Preferred Position» und «Balancing of Interests»*

Jeder Entscheid über Verfassungsfragen beinhaltet ein Abwägen zwischen verschiedenen Interessen und führt dazu, dass der eine Wert zu Lasten eines andern geschützt und gewahrt wird; ein Abwägen zwischen Freiheit und Zwang oder zwischen verschiedenen Freiheiten ist erforderlich. Insoweit ist die Interessenabwägung kein spezifisch das First Amendment betreffende Auslegungsmethode, sondern ein allgemeiner Grundsatz staatlicher, insbesondere richterlicher Tätigkeit. Das «balancing of interests», das hier interessiert und das vom Supreme Court in mehreren Entscheiden herausgearbeitet wurde, hat indessen eine besondere, die ideellen Grundrechte betreffende Bedeutung. Die von Justice Frankfurter begründete Theorie gewann als direkte Antwort auf die «preferred freedoms»-Doktrin in den fünfziger Jahren Oberhand am Supreme Court, und schon aus dieser Tatsache erhellt die Gegensätzlichkeit der beiden Regeln. «Preferred position» fusst auf der Überlegung, dass den Grundrechten des First Amendment wegen ihrer Bedeutung für den demokratischen Staat erhöhtes Ansehen und grösserer Schutz als den andern Grundrechten zukommen muss, und dieses zusätzliche Gewicht auf der Seite des in einem konkreten Fall in Frage stehenden First Amendment-Wertes lässt die richterliche Waage mit grösserer Wahrscheinlichkeit sich auf diese Seite senken. HERMAN PRITCHETT vergleicht das Abwägen unter Anwendung der «preferred freedoms»-Doktrin mit «the butcher who consistently weighs his thumb along with the meat» [151]. Dem «balancing of interests» von Frankfurter und Harlan ist eine

[148] Vgl. die frühen Entscheide Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919), Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925), sowie Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951). EMERSON, System, 65, bemerkt zum Abrams-Urteil: «The clear and present danger test, while accepted in theory, was not applied in practice to check this result.»

[149] MCKAY, 1212.

[150] SHAPIRO, Freedom of Speech, 115.

[151] C. HERMAN PRITCHETT, Civil Liberties and the Vinson Court, Chicago 1954, 249.

derartige grundsätzliche Bevorzugung eines bestimmten Wertes vor anderen, die die Verhältnisse des einzelnen Falles erst in zweiter Linie berücksichtigt, fremd und unerwünscht, denn «such a formula makes for mechanical jurisprudence» [152]. Sie leugnen die Bedeutung der freien Meinungsäusserung zwar nicht, sind aber nicht bereit, sie generell und unbesehen über die andern durch die Bill of Rights gewährleisteten Werte zu stellen. Jeder Streitfall muss vielmehr in Abwägung der spezifischen Interessen entschieden werden.

Zu diesem grundsätzlichen Unterschied in der Art des Abwägens [153] gesellen sich zwei weitere, wesentliche Differenzen zwischen «preferred position» und «balancing of interests». Wie etwa in Dennis v. United States [154] und in Konigsberg v. State Bar of California [155] deutlich wurde, sind die ad hoc-Balancers geneigt, auf der Seite der ideellen Grundrechte nur deren individualrechtlichen Gehalt zu gewichten und den staatlichen Interessen entgegenzusetzen, der institutionellen Seite des First Amendment aber kaum Beachtung zu schenken. Damit vergleichen sie verschiedenartige Grössen, und die quantitativ bedeutenderen Werte, die auf der Seite des Staates geltend gemacht werden, tragen viel eher den Sieg davon als die Interessen oppositioneller Individuen oder unbedeutender Gruppen. Diese zu einseitige Optik veranlasste Justice Black in seinem Konigsberg-Dissent zu der Feststellung, die Mehrheit habe – in einer von Justice Harlan verfassten Begründung – das Interesse aller Bürger daran, in einer Gesellschaft zu leben, in der niemand wegen seiner Überzeugungen oder Verbindungen etwas zu befürchten habe, gänzlich ausser Acht gelassen [156]. Ein letzter Unterschied liegt darin, dass sich die Vertreter des Balancing als überzeugte Anhänger des «judicial restraint» erwiesen haben, was die durch die Interessenabwägung gewonnenen Ergebnisse noch weiter von der «preferred freedoms»-Doktrin entfernt. Diese enthält nämlich als eines der wesentlichsten Elemente die Einschränkung der Vermutung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen und bedingt eine umfassende, nicht bloss zurückhaltende Überprüfung gesetzgeberischer Erlasse. Die Verfechter der «preferred position» sind logischerweise im Lager der Aktivisten zu finden.

«Preferred position» und «Balancing of Interests» im Sinne des «ad hoc-Balancing» der frühen fünfziger Jahre sind mithin unvereinbar [157]. Dem von Frankfurter an die Adresse der Aktivisten erhobenen Vorwurf, sie bevorzugten die Grundrechte des First Amendment zu einseitig und zu unterschiedslos [158],

152 Justice Frankfurter, conc., in Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77, 96 (1949).

153 «The division within the Court relates exclusively to the techniques of balancing, that is, how the opposing interests shall be arrayed against each other.» McKay, 1196.

154 341 U.S. 494 (1951).

155 366 U.S. 36 (1961).

156 Ibid., 53.

157 Gleicher Ansicht ist Shapiro, Freedom of Speech, 115.

158 So in Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77, 96f.

ist entgegengehalten worden, er und Harlan benützten die ad hoc Abwägungsregel nur dazu, die Stellung der Meinungsäusserungsfreiheit zu schwächen; sie begnügten sich also nicht, die «preferred freedoms»-Doktrin abzulehnen, sondern verkehrten sie geradezu in das Gegenteil:

«If a balancing test is applied to the First Amendment, it is hard to see why it should not be applied to the entire Constitution. If the First Amendment, and only the First Amendment, can be balanced away, then that amendment is assigned a status inferior to the rest of the Constitution. Thus the Court has, for the moment, achieved an ironic inversion of the old theory that the First Amendment has a preferred status [159].»

### *3. Preferred Position und Absolutismus*

Justice Black und Justice Douglas gehörten zu den ersten und überzeugtesten Jüngern von Justice Stone, nachdem dieser die «preferred freedoms»-Doktrin entwickelt hatte. In einer Reihe von Urteilsbegründungen rechtfertigten sie die Sonderstellung der ideellen Grundrechte [160] und wandten den CPD-Test an, um den Umfang zulässiger staatlicher Eingriffe zu bestimmen [161]. Douglas und vorallem Black sind aber auch als Begründer und bislang einzige Vertreter des Absolutismus hervorgetreten, der Auslegungsmethode, die sich am Text des First Amendment orientiert. «Preferred Position» und Absolutismus stimmen miteinander nicht überein, obwohl ihre Exponenten die gleichen sind. SAMUEL KRISLOV siedelt allerdings die «preferred position» viel zu nahe bei Frankfurters Balancing an, wenn er bemerkt, sie habe «the nature of a halfway house between the balancing of interests and the absolutist positions» [162]; sie liegt viel näher beim Absolutismus. Sie darf aber nicht mit diesem verwechselt werden. Die «preferred freedoms»-Doktrin lässt zwar in der Regel gesetzliche Beschränkungen der Grundrechte des First Amendment nicht zu, da sie diese als besonders wertvoll betrachtet, sie schliesst aber in Ausnahmefällen staatliche Eingriffe nicht aus, um einer drohenden Gefahr für ein anderes Rechtsgut zu begegnen; nach den absolutistischen Ideen Blacks jedoch bilden die als «speech» bezeichneten Äusserungsformen den Kern des First Amendment, der unter keinen Umständen verletzt werden darf, und sei es auch nur vorübergehend [163].

[159] FRANTZ, 1444f.

[160] Black in Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946) und in Saia v. New York, 334 U.S. 558 (1948), Douglas in Murdock v. Pennsylvania, 319 U.S. 105 (1943) und Follett v. McCormick, 321 U.S. 573 (1944).

[161] Justice Douglas in Craig v. Harney, 331 U.S. 367, 376 (1947): «The vehemence of the language used is not alone the measure of the power to punish for contempt. The fire which it kindles must constitute an imminent, not merely a likely, threat to the administration of justice. The danger must not be remote or even probable; it must immediately imperil.»

[162] KRISLOV, 119.

[163] NORRIS, 97, 103.

Der allmähliche Sinneswandel von Black und Douglas, der von der Verfechtung der «preferred freedoms»-Doktrin zur Schaffung des Absolutismus führte, ist verständlich. Nach dem Zerfall der liberalen Mehrheit im Jahre 1949 bekundeten die beiden Richter zunächst wiederholt ihre Treue zur «preferred position» [164]. Mit der Zeit jedoch, als sie feststellen mussten, dass die anderen Richter des Court die politische Intoleranz, die sich im Lande verbreitete, nicht bekämpften, sondern zumindest duldeten, wurde ihre Sprache in den Minderheitsvoten härter, unnachgiebiger, absoluter. Während sie die Bestrafung rechtswidriger Handlungen für verfassungsmässig erachteten, verlangten sie uneingeschränkten Schutz vor Verfolgung für jedermann, der seine Überzeugung öffentlich kundgeben und verteidigen wolle:

«The Founders drew a distinction in our Constitution which we would be wise to follow. They gave the Government fullest power to prosecute overt actions in violation of valid laws but withheld any power to punish people for nothing more than advocacy of their views [165].»

Die Sprache des Absolutismus war besonders angezeigt und nützlich in den niemand verpflichtenden, aber aufrüttelnden Dissents [166], als Entscheidungsgrundlage für den einzelnen Fall erwies sich diese Theorie in der Folge aber meist als zu schwerfällig. Das Verdienst ihrer Schöpfer ist es, die Idee einer besonderen Stellung der Meinungsäusserungsfreiheit über die ideellen Grundrechten feindlich gesinnte Zeit der Kommunistenverfolgungen gerettet und in liberalere Zeiten weitergetragen zu haben.

### *4. Preferred Position und die weiteren vom Supreme Court verwendeten Auslegungsregeln* [167]

Gänzlich antithetisch sind «preferred freedoms»-Doktrin und der in frühen First Amendment-Fällen etwa verwendete «bad tendency»-Test. Eine Rechtsprechung, die Äusserungen bestraft und Publikationen einziehen lässt, welche sich von der herrschenden Meinung zu stark abheben und deshalb als tendenziell gefährlich gelten, vermag nicht einmal willkürliche Eingriffe des Gesetzgebers zu verhindern. Die Anwendung des «bad tendency»-Tests bedeutet eine Verneinung von «preferred freedoms».

[164] «Today's decision marks a revitalization of the judicial views which pervailed before this Court embraced the philosophy that the First Amendment gives a preferred status to the liberties it protects. I adhere to that preferred position philosophy.» Justice Black diss., in Breard v. Alexandria, 341 U.S. 622, 650 (1951). Vgl. ferner die Dissents in Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952) und in Poulos v. New Hampshire, 345 U.S. 395 (1953).

[165] Justice Black, diss., in Communist Party v. Subversive Activities Control Board, 367 U.S. 1, 168 (1961).

[166] KRISLOV, 106.

[167] Vgl. die Beschreibung dieser Auslegungsregeln oben S. 64ff.

Auch der «clear and probable danger»-Test, der aus dem «clear and present danger»-Test abgeleitet und im Dennis-Case verwendet worden ist, gewährt dem Staat umfassende Eingriffsmöglichkeiten und verneint eine besondere Stellung der ideellen Grundrechte. Damit ist auch dieser Test, der zum Balancing Frankfurters führte, mit der «preferred position»-Idee unvereinbar.

Die «two level»-Theorie schliesslich ist stets dazu verwendet worden, die Grenzen zulässiger Meinungsäusserungen abzustecken und gewisse als wertlos eingestufte Kategorien vom Schutz des First Amendment auszuschliessen. Die Tatsache, dass die Theorie erstmals von Justice Murphy, einem der entschiedensten Exponenten der «preferred freedoms»-Doktrin, verwendet wurde [168], beweist, dass die beiden Auslegungshilfen nicht als gegensätzlich empfunden wurden und lässt nochmals deutlich werden, dass die «preferred freedoms»-Doktrin nicht dem Absolutismus gleichgesetzt werden darf.

## 6. Abschnitt: Besteht eine Rangordnung unter den Grundrechten des First Amendment?

### *1. Der behauptete Vorrang für die freie Religionsausübung*

#### a) Die Thesen von Saladin und Pfeffer

In den letzten Jahren ist wiederholt die Frage geprüft worden, ob die im First Amendment enthaltenen Grundrechte, die verschiedene Werte zu schützen bestimmt sind, unter einander gleichwertig sind oder ob gegenteils Unterschiede in ihrer Bedeutung bestehen, die eines oder mehrere von ihnen über die anderen stellen würde. Dabei haben jedenfalls zwei Autoren die Ansicht vertreten, der «free exercise clause», d.h. der Freiheit der Religionsausübung, komme unter den «preferred freedoms» eine besonders bevorzugte Stellung zu. Im Jahre 1964 untersuchte Peter Saladin in einem in englischer Sprache erschienenen Aufsatz [169] den Umfang des Schutzes, den der Supreme Court der Religionsfreiheit auf der einen, den übrigen Grundrechten des First Amendment, insbesondere der Redefreiheit, auf der andern Seite gewährt. Ausgehend von der Behauptung, dass eine unbeschränkt ausgeübte Religionsfreiheit für den Staat viel grössere Gefahren schaffe als eine unbegrenzte Rede- und Pressefreiheit [170], führte ihn eine Prüfung der neueren Rechtsprechung des Court zum Schluss, dass wenig Zweifel bestünden, «that freedom of religion is accorded the

[168] In Chaplinski v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942).

[169] P. Saladin, Relative Ranking of the Preferred Freedoms: Religion and Speech, in Religion and the Public Order, 1964, 149ff.

[170] Ibid., 152.

supreme place in the hierarchy of American civil rights. No other right is as successful in overriding other social interests; no other freedom is considered as important to the individual person» [171]. Er folgerte dies einerseits aus der offensichtlichen Höherwertigkeit der Religionsfreiheit bei der Behandlung von Dienstverweigerern durch die Gerichte, anderseits aus dem Ergebnis des Urteils Sherbert v. Verner [172], mit welchem «the Supreme Court has given freedom of religion a new dimension» [173]. Das oberste Verfassungsgericht hielt hier dafür, dass einer Sabbathistin, die sich aus religiösen Gründen geweigert hatte, eine Stelle mit Arbeit am Samstag zu übernehmen und aus diesem Grunde arbeitslos geworden war, Arbeitslosenunterstützung nicht verweigert werden dürfe. Im Anschluss an dieses Urteil gewährten einige Bundesstaaten ihrerseits der Religionsfreiheit weitgehenden Schutz. Das oberste Gericht von Minnesota entschied, eine religiös motivierte Weigerung, als Geschworener zu wirken, sei durch das First Amendment gedeckt, und der Supreme Court von Kalifornien gestattete einer Sekte den Gebrauch eines nicht giftigen, aber allgemein verbotenen Halluzinogens zu Kultuszwecken [174]. Obwohl er einräumte, dass der besondere Schutz oft deshalb gewährt wurde, weil die Gerichte den engen Zusammenhang zwischen einer religiösen Äusserung und einer Kulthandlung oder einer Glaubensverpflichtung in Betracht zogen [175], hielt SALADIN dafür, dass die weltliche Meinungsäusserungsfreiheit, die eher als Mittel zur Verwirklichung anderer Werte denn als eigener Wert zu verstehen sei, in geringerem Masse geschützt werde als die Religionsfreiheit und vermehrt vor staatliche Interessen zurückweichen müsse als diese [176].

In einem kürzlich erschienen Artikel wiederholte ein amerikanischer Rechtslehrer, LEO PFEFFER, die These von der Höherwertigkeit der Religionsfreiheit gegenüber den andern ideellen Grundrechten [177]. PFEFFER stützte sich dabei nicht auf den von SALADIN erwähnten Sherbert-Case. Diesen bezeichnete er zwar als Wendepunkt, sei er doch «the first Supreme Court decision upholding a free exercise claim not buttressed by free speech interests» [178] gewesen, womit die Gleichberechtigung der Freiheit der Glaubensausübung mit Rede- und Pressefreiheit verwirklicht worden sei. Als wichtigstes Urteil betrachtete er vielmehr den vom Supreme Court 1972 entschiedenen Fall Wisconsin v.

[171] Ibid., 171.
[172] 374 U.S. 398 (1963).
[173] SALADIN, Relative Ranking, 152f.
[174] Ibid.
[175] Ibid., 161.
[176] Ibid., 170f.
[177] L. PFEFFER, The Supremacy of Free Exercise, Georgetown Law Journal *61* (1973) 1115ff. PFEFFER ist Professor an der Juristischen Fakultät der Long Island University und Special Counsel des American Jewish Congress.
[178] Ibid., 1139.

Yoder [179]. Darin ging es um die Frage, ob ein Staat aufgrund seiner Schulgesetze alle Jugendlichen zwingen könne, auch nach Beendigung der acht Jahre dauernden Grundschulausbildung bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres eine Sekundarschule zu besuchen. Nachdem sie wegen ihrer diesbezüglichen Weigerung bestraft worden waren, riefen Mitglieder der Amisch-Mennonitischen Kirche, einer traditionsreichen, konservativen Bewegung, die ihre Wurzeln in europäischen Täuferbewegungen hat, die Verfassungsgerichte an. In Bestätigung des Urteils des obersten Gerichtes von Wisconsin schützte der Supreme Court den Standpunkt der Sekte [180]. Er entschied, dass das staatliche Interesse an einer allgemeinen, einheitlichen Ausbildung nicht in jedem Falle vor den Interessen der Eltern den Vorrang geniesse, namentlich dann nicht, wenn «enforcement of the compulsory formal education requirement after the eighth grade would gravely endanger if not destroy the free exercise of their religious beliefs» [181]. Der Court mass der unbestrittenen Tatsache grosses Gewicht bei, dass die Kinder der Sekte nach Beendigung der Schulpflicht von ihren Eltern eine praktische Ausbildung erhalten, die sie auf das einfache Leben in ihrer Gemeinschaft vorbereitet [182]. Mit diesem Urteil, so PFEFFER, habe der Supreme Court die Benachteiligung der «free exercise clause», die im Jahre 1961 ihren Höhepunkt gefunden habe [183], endgültig aufgegeben und im Einklang mit dem Kongress, der religiösen Minderheiten früher stets günstiger gesinnt gewesen sei als die Gerichte, die ungehinderte Glaubensausübung ermöglicht. «Hence, it was Yoder, rather than Sherbert, that accorded not merely parity but supremacy to free exercise [184].»

b) Die Haltung des Supreme Court

Die Urteile des Supreme Court, in denen die Mehrheit auf die «preferred freedoms»-Doktrin abstellte, geben keinen Anhaltspunkt für eine besonders bevorzugte Behandlung der Religionsfreiheit gegenüber staatlichen Eingriffen. Zwar befassten sich die ersten Fälle, die im Sinne von Stones Ideen entschieden wurden, mit Fragen der Glaubensausübung durch die Zeugen Jehovahs, aber der Court stützte sich jeweils auf das allgemeine Interesse einer ungehinderten Meinungsäusserungsfreiheit, ohne zwischen den verschiedenen Äusserungsfor-

[179] 406 U.S. 205.

[180] Der Entscheid, von Chief Justice Burger begründet, fiel mit 6:1 Stimmen aus. Einziger Dissenter war Justice Douglas, der bemängelte, dass nur die Religionsfreiheit der Eltern, nicht aber die der Kinder, gewürdigt wurde.

[181] 406 U.S. 205.

[182] PFEFFER, 1116 Anm. 3.

[183] Ibid., 1127. PFEFFER spielte auf das Urteil Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599 (1961) an, in dem der Court Sabbathisten untersagt hatte, ihre Geschäfte entgegen staatlichen Gesetzen am Sonntag zu öffnen.

[184] PFEFFER, 1141.

men zu unterscheiden. In Prince v. Massachusetts [185] wies Justice Rutledge das Argument von Zeugen Jehovahs zurück, dass entgegen den allgemeinen Regeln Kinder ihrer Gemeinschaft Druckschriften feilbieten dürften, weil es sich dabei um eine religiöse Handlung und nicht um eine gewöhnliche gewerbliche Tätigkeit handle:

«If by this position appellant seeks for freedom of conscience a broader protection than for freedom of the mind, it may be doubted that any of the great liberties insured by the First Article can be given higher place than the others. All have preferred position in our basic scheme... All are interwoven together. Differences there are, in them and in the modes appropriate for their exercise. But they have unity in the charter's prime place because they have unity in their human sources and functionings [186].»

Damit verneinte der Supreme Court eine wertmässige Abstufung unter den Grundrechten des First Amendment, und die Tatsache, dass «free exercise»-Ansprüche in keinem Fall selbständig, sondern immer gestützt auf die «free speech clause» geschützt wurde, beweist, dass gerade der Religionsfreiheit keine hervorragendere Stellung zuerkannt wurde [187].

Es ist weiter zu prüfen, ob sich seit der Aufgabe der «preferred freedoms»-Doktrin als Entscheidungsgrundlage für First Amendment-Fälle die von ihren Vertretern gewollte Gleichwertigkeit geändert hat. Die Frage ist deshalb von Bedeutung, da sowohl Saladin als auch Pfeffer davon ausgehen, dass der Supreme Court, ungeachtet der jeweils verwendeten Auslegungsregel, die ideellen Grundrechte immer noch faktisch als «preferred freedoms» behandelt. Anders als bei den meisten andern Freiheitsrechten, genüge ein bloss vernünftiges, vertretbares staatliches Interesse für einen Eingriff nicht; der Court verlange vielmehr ein überragendes Interesse [188].

Ohne Zweifel glaubte sich die amerikanische Nation zur Zeit des McCarthyismus durch eine schrankenlose Ausübung der Rede- und der Pressefreiheit für politische Zwecke stärker bedroht als durch den gleichen Gebrauch der Religionsfreiheit; die zum Schutze der bestehenden verfassungsmässigen Ordnung vom Kongress verabschiedeten Erlasse [189] zielten einzig auf eine wirksame

[185] 321 U.S. 158 (1944).

[186] Ibid., 164.

[187] Gleicher Ansicht ist Chafee, Free Speech, 404f.

[188] «It is no longer fashionable to speak of the preferred position of first amendment freedoms. One would have to close his eyes to reality, however, if he did not recognize that the concept still lives and does quite well – mostly under the alias of ‚compelling interest' – de facto, if not de jure.» Pfeffer, 1121; ähnlich Saladin, Relative Ranking, 149.

[189] Die drei wichtigsten Erlasse im Kampf gegen den Kommunismus waren der Smith Act von 1940, der Internal Security Act (McCarran Act) von 1950 und der Communist Control Act von 1954. Der Smith Act stellt unter Strafe, wer öffentlich für den gewaltsamen Umsturz der Regierung eintritt oder Bewegungen zu diesem Zwecke gründet und vorbereitet. Der Internal Security Act schreibt in einem ersten Teil, dem sog. Subversive Activities Control Act, den Registrierungszwang für staatsfeindliche Organisationen vor und ermöglicht in einem zweiten Teil, dem Emergency Detention Act, die vorläufige Festnahme vermuteter subversiver Elemente in Krisenzeiten. Der

Kontrolle und Einschränkung politischer Äusserungen ab, drehten sie sich doch im wesentlichen um die Bewahrung der nationalen Sicherheit und der Treue zum Staat. In jenen Jahren hätte man vielleicht von einer «preferred position» der freien Religionsausübung sprechen können. Allerdings ist einschränkend beizufügen, dass die wenigen Fälle, in denen der Supreme Court Ansprüche schützte, die auf die «free exercise clause» gestützt wurden, Verfügungen einzelstaatlicher Organe betrafen, die religiöse Minderheiten eindeutig rechtsungleich behandelten [190], und dass in allen diesen Urteilen die «free speech clause» der Religionsfreiheit zusätzliches Gewicht verlieh. Die vier unter der Bezeichnung «Sunday Law Cases» bekanntgewordenen Urteile aus dem Jahre 1961 [191] führten allerdings rasch zu einer Abschwächung einer allfälligen Sonderstellung der freien Religionsausübung, wenn nicht gar zu ihrer Hintansetzung gegenüber den übrigen ideellen Grundrechten. Der Court entschied damals, dass staatliche Gesetze über die Schliessungszeiten für Ladengeschäfte an Sonntagen ohne Ausnahme durchsetzbar seien, also auch gegenüber Angehörigen von Glaubensgemeinschaften, deren Feiertag auf einen Wochentag fällt.

Auch die seitherige Entwicklung lässt meines Erachtens den Schluss nicht zu, dass die Religionsfreiheit unter den First Amendment-Rechten einen bevorzugten Platz einnimmt, mit Ausnahme vielleicht der Frage der achtenswerten Gründe für die Verweigerung der Wehrpflicht [192]. Der Sherbert-Entscheid ist

Communist Control Act schliesslich war gedacht, die kommunistische Partei und die Zugehörigkeit zu ihr praktisch zu untersagen. Der Erlass war aber von Anfang an praktisch wirkungslos, und die beiden andern Acts verloren am Ende der fünfziger Jahre aufgrund verschiedener Supreme Court-Entscheide wesentlich an Bedeutung und werden heute – obwohl nie formell ausser Kraft gesetzt – kaum angewendet.

[190] Den beiden Entscheiden, Niemotko v. Maryland, 340 U.S. 268 (1951), und Fowler v. Rhode Island, 345 U.S. 67 (1953) lag je die Verweigerung einer Bewilligung zur Durchführung öffentlicher Veranstaltungen der Zeugen Jehovah's zugrunde, wobei in beiden Fällen anderen Religionsgemeinschaften analoge Bewilligungen erteilt worden waren.

[191] McGowan v. Maryland, 366 U.S. 420, Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley, 366 U.S. 582, Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599, Gallagher v. Crown Kosher Market, 366 U.S. 617.

[192] Selbst auf diesem Gebiet ist, wie SALADIN und PFEFFER zugeben, eine gewisse Verwischung der Grenzen zwischen religiösem Glauben und anderen Weltanschauungen festzustellen. In Torcaso v. Watkins, 367 U.S. 488, 495 (1961), führte Justice Black für den einstimmigen Court aus, unter den Religionsbegriff fielen nicht nur die verschiedenen Arten des theistischen Glaubens: «Among religions in this country which do not teach what would generally be considered a belief in the existence of God are Buddhism, Taoism, Ethical Culture, Secular Humanism and others.» In United States v. Seeger, 380 U.S. 163 (1965), erweiterte der Court den Religionsbegriff nochmals. Eine daraufhin vom Kongress verabschiedete Präzisierung der Voraussetzungen für eine zulässige Dienstverweigerung – «religious training and belief does not include essentially political, sociological or philosophical views, or a merely personal moral code» wurde 1970 vom Supreme Court in Welsh v. United States, 398 U.S. 333, für verfassungswidrig erklärt. Gemäss der Auslegung, die Justice Black dem Begriff der Religion gegeben hat, sind diejenigen Wehrpflichtigen vom Militärdienst zu befreien, «whose consciences, spurred by deeply held moral, ethical or religious beliefs, would give them no rest or peace if they allowed themselves to become a part of an instrument of war», 398 U.S. 344. Dagegen verneinte der Supreme Court neulich die Legitimation eines Bürgers

seither in seiner Tragweite wesentlich eingeschränkt worden: In Dewey v. Reynolds Metal Company [193] wurde einem Arbeitgeber das Recht zugestanden, einen Arbeiter zu entlassen, der sich geweigert hatte, am Sabbath zu arbeiten, und in drei weiteren Entscheiden hielt der Court dafür, dass die obligatorische Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft und die Zahlung von Beiträgen an diese Organisation auch für Adventisten verbindlich sei, obwohl diese eine Verletzung ihrer religiösen Überzeugung geltend machten [194]. Der Yoder-Case seinerseits darf nicht isoliert betrachtet werden. Er steht in engem Zusammenhang mit dem fünf Jahre zuvor ergangenen Entscheid Garber v. Kansas [195], in dem ein Anspruch der gleichen Amisch-Mennoniten verneint worden war, ihre Kinder in andere als staatlich anerkannte Schulen zu schicken. Das Recht der Gemeinschaft, eigene Schulen zu errichten und eigene Lehrer einzustellen, wurde nicht bestritten, dagegen wurde dem Staat ein Kontrollrecht eingeräumt.

Die Bedeutung von Sherbert und Yoder darf im Lichte der gesamten Rechtsprechung zum First Amendment nicht überschätzt werden. Sherbert erscheint als isolierter, durch die seitherige Entwicklung zu einem guten Teil überholter Fall besonderer Berücksichtigung der «free exercise clause». Das in Yoder geltend gemachte staatliche Interesse an der Durchsetzung einer erweiterten Schulpflicht erschien dem Court mit gutem Recht als nicht wesentlich, da die Sekte den der Elementarschule entwachsenen Jugendlichen eine auf die Bedürfnisse ihres künftigen Lebens besonders zugeschnittene praktische Weiterausbildung angedeihen liess. Sherbert und Yoder sind Urteile, die von grossem Verständnis für den freiheitlichen Geist zeugen, dessen die ideellen Grundrechte bedürfen; verfehlt wäre hingegen, aus diesen doch eher für sich stehenden Urteilen ein Primat der Religionsfreiheit innerhalb des First Amendment abzuleiten. Es gilt zu bedenken, dass etwa zu der Zeit, da Sherbert entschieden wurde, der Court in New York Times v. Sullivan [196] den Grundsatz festhielt, «that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on governmental and public officials» [197], und dass kurz

zur Dienstverweigerung, der sich nur «ungerechten» Kriegen widersetzen wollte, jedoch bereit gewesen wäre, im Falle eines «gerechten» Krieges (zu welcher Kategorie er den Vietnamkrieg nicht zählte) seine Wehrdienstpflicht zu erfüllen: Gillette v. United States, 401 U.S. 437 (1971). Vgl. SALADIN, Relative Ranking, 163f., PFEFFER, 1134ff., ABRAHAM, 211ff.

193 402 U.S. 689 (1971). Da keine Mehrheit zustande kam, bestätigte der Supreme Court in einem nicht begründeten «per curiam»-Urteil den Entscheid der Vorinstanz.

194 Hammond v. United Papermakers Union, 462 F.2d. 174 (1972), Linscott v. Millers Falls Co., 440 F.2d. 14 (1970), Gray v. Gulf M. & O.R.R., 429 F.2d. 1029 (1970). In allen Fällen bestätigte der Court die vorinstanzlichen Urteile dadurch, dass er auf die eingelegten Rechtsmittel nicht eintrat.

195 389 U.S. 51 (1967).

196 374 U.S. 254 (1964).

197 Ibid., 270.

vor dem Yoder-Urteil das Interesse der Regierung, politisch eminent bedeutsame Dokumente über den Vietnamkrieg geheimzuhalten, als zu wenig zwingend erachtet wurde, um deren weitere Veröffentlichung in den grossen Zeitungen des Landes zu verbieten [198].

*2. Die unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Ausdrucksformen*

a) Allgemeines

Die Probleme, die das Verhältnis der im First Amendment enthaltenen Grundrechte unter sich und ihre Behandlung und Abgrenzung durch Gesetzgeber und Verfassungsgerichte betreffen, haben sich vervielfacht mit dem Aufkommen neuer Ausdrucksformen, die sich technischer Hilfsmittel bedienen. Diese Probleme können hier nur angedeutet werden.

Das First Amendment schützt nicht nur die den Verfassungsschöpfern von 1789 bekannten, gewissermassen traditionellen Ausdrucksformen, sondern jedes Medium, das für die Verbreitung von Ideen bedeutsam ist [199]. Die Verbreitung von Gedanken und Meinungen durch Radio und Fernsehen fällt ebenso unter die Meinungsäusserungsfreiheit wie die Projektion von Filmen und die Verstärkung einer Rede mit Hilfe von Lautsprechern. Obwohl sich namhafte Stimmen, insbesondere die Absolutisten, für eine unterschiedslose Behandlung aller Medien ausgesprochen haben mit der Begründung, es gehe nicht an, gerade die wirksamsten Kommunikationsmittel am stärksten zu überwachen und einzuschränken [200], steht der Supreme Court im Einklang mit der herrschenden Lehre auf dem Boden einer differenzierenden, medienbezogenen Behandlung der verschiedenen Ausdrucksformen:

«The moving picture screen, the radio, the newspaper, the handbill, the sound truck and the street corner orator have differing natures, values, abuses and dangers. Each, in my view, is a law unto itself»,

[198] The New York Times v. United States, und United States v. The Washington Post, 403 U.S. 713 (1971).

[199] So Justice Clark für den einstimmigen Court in Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495, 501 (1952). Vgl. ferner die Bemerkung von Justice Rutledge, diss., in Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77, 105 (1949): «That the First Amendment limited its protection of speech to the natural range of the human voice as it existed in 1790 would be, for me, like saying the commerce power remains limited to navigation by sail and travel by the use of horses and oxen in accordance with the principal modes of carrying on commerce in 1789. The Constitution was not drawn with any such limited vision of time, space and mechanics.» Im gleichen Sinn CHAFEE, Free Speech, 29f.

[200] «Even if it were conceded that television communication has a direct and ascertainable effect on its viewers, it does not follow that it should be more closely regulated ... The first amendment does not protect speech because it is trivial and can do no harm; the first amendment protects speech precisely because of its critical role in the democratic process. To say that speech can be regulated whenever it clearly possesses the power to influence is to emasculate the constitutional guarantee.» Columbia Law Review *72* (1972), Notes: The First Amendment and Regulation of Television News, 766. Ferner Justice Douglas, conc., in Superior Films, Inc. v. Departement of Education, 346 U.S.

drückte Justice Jackson im Kovacs-Case diese Auffassung aus[201]. Einigkeit besteht darüber, dass jede Ausdrucksform bei dem, der mit ihr konfrontiert wird, eine andere Wirkung hervorruft. Die elektronischen Massenmedien haben den Vorteil einer raschen, lebendigen Nachrichtenübermittlung, wobei besonders das Fernsehen dank seiner Kombination von Bild und gesprochenem Wort beim Zuschauer den Eindruck erweckt, er erlebe gegenwärtige Ereignisse selber mit, wogegen der Radiohörer auf den Kommentar einer die Geschehnisse verfolgenden oder darüber unterrichteten Verbindungsperson angewiesen ist. Die Presse besitzt dagegen die Möglichkeit, die Tagesgeschehnisse umfassend, abgewogen darzustellen und zu kommentieren; dazu ist der Leser in der Lage, eine gedruckte Nachricht beliebig oft aufzunehmen, während eine Wiederholung der Sendungen von Radio und Fernsehen durch den Empfänger ohne kostspielige technische Einrichtungen nicht möglich ist. Der Film und das Theaterstück eignen sich vorzüglich, soziale oder politische Forderungen zu äussern; sie dienen aber auch zur blossen Unterhaltung. Die besondere Wirkung der Rede endlich, namentlich der politischen Rede, besteht darin, dass der Redner unmittelbaren Kontakt mit seinen Zuhörern aufnehmen kann, dass diese sich direkt angesprochen fühlen und durch die besondere Atmosphäre der Veranstaltung, man denke etwa an eine Massenkundgebung, beeinflusst werden können.

b) Der Film als geschützte Ausdrucksform

Die Gesetzgeber der Union und der Gliedstaaten wie die Verfassungsgerichte bekundeten einige Mühe, die neuen technischen Ausdrucksmittel ins System der freien Meinungsäusserung einzufügen, ohne gewisse Aufsichts- und Weisungsmöglichkeiten aus der Hand zu geben. Das Medium Film wurde anfänglich, wie in der Schweiz, lediglich als unter dem Schutz der Gewerbefreiheit stehend betrachtet[202]. Im Jahre 1952 verliess der Supreme Court diese Praxis und stellte im Entscheid Burstyn v. Wilson den Film dem Grundsatz nach unter den Schutz des First Amendment indem er anerkannte, «that motion pictures are a significant medium for the communication of ideas»[203]. Gleichzeitig

587, 589 (1954), und die kritische Auseinandersetzung mit Justice Blacks Ansichten bei J. Barron, Access, 1651 f.

[201] Kovacs v. Cooper, 336 U.S. 77, 97 (1949); ferner National Broadcasting Co. v. United States, 319 U.S. 190 (1943), Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952), Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969); Barron, Access, 1650ff., Carr, 923.

Vgl. auch BGE *98* Ia 81ff.

[202] «The exhibition of moving pictures is a business, pure and simple, originated and conducted for profit like other spectacles, and not to be regarded as part of the press of the country or as organs of public opinion within the meaning of freedom of speech and publication guaranteed by the Constitution.» Mutual Film Corp. v. Ohio Industrial Commission, 236 U.S. 230, 244 (1915). Für schweizerische Praxis: BGE *87* I 117; Saladin, Grundrechte, 76f., 80ff.

[203] 343 U.S. 495, 502.

machte er jedoch deutlich, dass daraus kein Recht abzuleiten sei, Filme jeglicher Art überall und zu jeder Zeit vorzuführen [204]. Er liess auch die Möglichkeit einer Zensur namentlich für unzüchtige Filmerzeugnisse offen, wobei er auf das Erfordernis einer klaren, präzis und eng gefassten gesetzlichen Grundlage hinwies [205]. In den nachfolgenden Entscheiden stellten die Anhänger einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Filmzensur stets die Mehrheit; in Times Film Corp. v. Chicago [206] insbesondere wurde – mit einer schwachen Mehrheit allerdings und gegen den erbitterten Widerstand des liberalen Flügels des Court – erkannt, dass die vorgängige Prüfung jedes Films durch eine lokale Zensurbehörde nicht verfassungswidrig sei. Damit wurde die Möglichkeit unterbunden, einen Film zumindest einmal ohne Einschreiten der Kontrollorgane vorzuführen. Indessen wurde das Feld zulässiger Zensurmassnahmen immer stärker begrenzt; war im Burstyn-Case die Zensur angeblich gotteslästerlicher Filme für unzulässig erklärt worden, so hielt der Court in Kingsley International Pictures Corp. v. Regents [207] das Verbot eines Films, der als «immoral» bezeichnet worden war, für zu weit gehend und zu wenig differenzierend [208]. In Freedman v. Maryland [209] wies Justice Brennan auf die besonderen Gefahren eines administrativen Zensurverfahrens hin:

«The administration of a censorship system for motion pictures presents peculiar dangers to constitutionally protected speech. Unlike a prosecution for obscenity, a censorship proceeding puts the initial burden on the exhibitor or distributor. Because the censor's business is to censor, there inheres the danger that he may well be less responsive than a court – part of an independent branch of government – to the constitutionally protected interests in free expression [210].»

Um diesen Gefahren zu begegnen, stellte der Court den bereits erwähnten Katalog von Sicherungsmitteln auf [211]. Diese prozessualen Garantien und die allgemeine Liberalisierung der Ansichten der Gesellschaft haben die Filmzensur zu einer stumpfen Waffe werden lassen, wenn auch die jüngsten Entscheide des Supreme Court wiederum eine gewisse Verschärfung der Filmkontrolle mit sich bringen könnten [212].

[204] Ibid., 502.
[205] Ibid., 505 f., ebenso der nächste Entscheid, Superior Films, Inc. v. Department of Education, 346 U.S. 587 (1954).
[206] 365 U.S. 43 (1961).
[207] 360 U.S. 684 (1959).
[208] Es handelte sich um die Verfilmung von D. H. Lawrences Buch «Lady Chatterley's Lover».
[209] 380 U.S. 51 (1965).
[210] Ibid., 57.
[211] Vgl. oben S. 97.
[212] Vgl. unten S. 160.

c) Radio und Fernsehen und First Amendment

Radio und Fernsehen sind in den USA, im Unterschied zu den meisten übrigen Ländern, Sache privater, kommerzieller Unternehmungen[213]. Nachdem in den Pionierjahren des Radios jedermann nach Belieben Sendungen ausstrahlen konnte, zeigte sich mit zunehmender Dichte des Rundfunknetzes, dass eine staatliche Koordination in der Zuteilung der verfügbaren Kanäle und eine Kontrolle der Sendungen unerlässlich waren. Nach einem ersten Erlass aus dem Jahre 1927 verabschiedete der Kongress 1934 den heute noch geltenden, mehrfach revidierten Federal Communications Act[214], der umfassende Vorschriften für den Betrieb von Radio-, heute auch Fernsehstationen enthält. Als administrative Aufsichts- aber nicht Zensurbehörde[215] ist die Federal Communications Commission (FCC) eingesetzt, deren wichtigste Aufgabe darin besteht, den Radio- und Fernsehstationen Konzessionen zu verleihen. Die Konzessionen werden für eine Dauer von drei Jahren erteilt und können erneuert werden. Das Hauptkriterium für die Erteilung oder Verweigerung einer neuen Konzession oder für ihre Erneuerung ist, ob die Errichtung oder Weiterführung eines Senders im öffentlichen Interesse liegt oder einem Bedürfnis entspricht. Mit Blick auf die politische Willensbildung und die demokratischen Spielregeln wurde die Bestimmung aufgenommen, dass allen Kandidaten für ein öffentliches Amt im Wahlkampf die gleiche Sendezeit zur Verfügung zu stellen ist, und den Sendestationen ist die Pflicht auferlegt, «to operate in the public interest and to afford reasonable opportunity for the discussion of conflicting views on issues of public importance»[216], eine Vorschrift, die als «fairness doctrine» bezeichnet wird. Im Urteil National Broadcasting Co. v. United States[217] bestätigte der Supreme Court die Verfassungsmässigkeit der Bewilligungskriterien wie auch der Fairness-Doktrin und stellte fest, dass die Redefreiheit kein Recht auf Ausstrahlung von Radiosendungen ohne entsprechende Bewilligung enthalte.

Die Ansichten der Kommentatoren über die Wirksamkeit der durch die FCC ausgeübten Kontrolle gehen auseinander. T. I. Emerson hält dafür, dass die Erneuerung der Konzessionen für die gegen 6000 Radio- und die über 700 Fernsehstationen[218] recht eigentlich eine Formsache ist, da die meisten dieser Stationen den drei Gesellschaften ABC, CBS und NBC gehören, welche über

[213] Erst in den letzten Jahren ist eine Anzahl öffentlich unterstützter Fernsehstationen für kulturelle Programme entstanden.

[214] 47 U.S.C. § 151 ff.

[215] Section 326 des Federal Communications Acts (FCA).

[216] Section 315 FCA in der Fassung von 1959.

[217] 319 U.S. 190 (1943).

[218] Nach Angaben des amerikanischen statistischen Amtes gab es in den USA im Jahre 1966 5881 Radio- und 721 Fernsehstationen. Zahlen bei Emerson, System, 662 Anm. 36.

eine grosse wirtschaftliche Macht und erheblichen politischen Einfluss verfügen [219]. Andere Stimmen weisen dagegen auf die vielfältigen Eingriffsmöglichkeiten der FCC hin, die, ohne gleich die Erneuerung einer Konzession zu verweigern, von einem Sender Auskunft über bestimmte, umstrittene Sendungen oder Programmschaffende einholen, Empfehlungen abgeben und die Sendebewilligung statt für drei nur für ein Jahr oder mit gewissen Bedingungen und Auflagen erneuern kann [220]. Damit scheint die FCC über recht wirksame Mittel zu verfügen, um die Sendegesellschaften zu einer steten Überprüfung ihrer Programmgestaltung anzuhalten und sie zu zwingen, möglichst viele und verschiedenartige Ansichten auszustrahlen [221].

### *3. Die Konkurrenz von First Amendment-Ansprüchen*

Eine Konkurrenz zweier Werte, die beide auf das First Amendment gestützt werden, ist recht selten; wie PETER SALADIN feststellte, «one is hard put to imagine a situation in which freedom of speech and freedom of religion might come into direct conflict» [222]. In aller Regel hat der Supreme Court vielmehr Rede- und Glaubensfreiheit als untrennbar miteinander verbunden und einander ergänzend und unterstützend bezeichnet [223]. Mit der Ausdehnung des First Amendment-Schutzes auf die modernen Massenmedien und auf die Vereinsfreiheit sind aber doch Spannungsverhältnisse entstanden, in denen sich der Supreme Court vor die delikate Aufgabe gestellt sah, Teilfreiheiten der Meinungsäusserungsfreiheit gegeneinander abzuwägen und Wertungen zwischen ihnen zu treffen. Grosse Beachtung gefunden haben dabei die Fälle, in denen sich Ansprüche von Fernsehgesellschaften und Fernsehpublikum, von Zeitungen und darin angegriffenen Personen, und schliesslich von Vereinen und ihren Mitgliedern gegenüberstanden.

a) Radio- und Fernsehstationen gegen Hörer und Zuschauer: Der Red Lion Case [224]

Die «fairness doctrine» des Federal Communications Act statuiert unter anderem die Pflicht der Radio- oder Fernsehanstalt, die in einer Sendung eine im öffentlichen Leben stehende Persönlichkeit angegriffen hat, dieser Person Gelegenheit zu einer Antwort zu geben. Ferner verpflichtet sie einen Sender, der

[219] EMERSON, System, 655.

[220] Harvard Law Review *84* (1971), Notes: Morality and the Broadcast Media: A Constitutional Analysis of FCC Regulatory Standards, 664, 665ff.; KRISLOV, 187f.

[221] Ein Rechenschaftsbericht über die Arbeit der FCC findet sich bei N. JOHNSON/J. J. DYSTEL, A Day in the Life: The Federal Communications Commission, The Yale Law Journal *82* (1972/73) 1575ff.

[222] SALADIN, Relative Ranking, 149.

[223] Vgl. oben S. 106ff.

[224] Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969).

in einem Wahlkampf einen bestimmten Kandidaten unterstützt, dem oder den anderen Kandidaten für das Amt gleichfalls Sendezeit einzuräumen. Eine Klage, mit der die Verfassungsmässigkeit dieser beiden Verpflichtungen bestritten wurde, gab dem Supreme Court Gelegenheit, die sich stellenden Fragen grundsätzlich zu entscheiden. Ausgehend von der Tatsache, dass Rundfunk- und Fernsehfrequenzen trotz des gewaltigen technischen Fortschrittes seit den Pionierjahren immer noch bei weitem nicht ausreichten, um alle jene, die sich dieser Medien bedienen möchten, befriedigen zu können, unterstrich Justice White die Notwendigkeit und Berechtigung des staatlichen Konzessionssystems; niemand könne aus dem First Amendment einen Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung ableiten. Wer eine Konzession erhalte, befinde sich in einer Art Garantenstellung im Dienste der Öffentlichkeit und sei verpflichtet, möglichst viele Stimmen zu Wort kommen zu lassen, die geeignet seien, die Gefühle und Ansichten der Hörerschaft und der Gesamtheit der Zuschauer zum Ausdruck zu bringen [225]. Nach diesen Feststellungen beantwortete White die Kernfrage, ob das Recht des Publikums auf Zugang zu den Sendern oder das Recht der die Sender betreibenden Personen oder Gesellschaften, die auszustrahlenden Sendungen unbeeinflusst selber zu bestimmen, den Vorrang habe, wie folgt:

«It is the right of the viewers and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount ... It is the right of the public to receive suitable access to social, political, aesthetic, moral, and other ideas and experiences which is crucial here [226].»

Die «fairness doctrine», schloss er, sei geeignet, den Zugang zu den Massenmedien zu ermöglichen, und die speziellen Vorschriften betreffend das Antwortrecht angegriffener Personen und die Einräumung gleicher Sendezeit an alle Kandidaten für ein öffentliches Amt in einem Wahlkampf hielten vor dem First Amendment stand. Gleichzeitig wies er das Argument der Medienschaffenden, solche Verpflichtungen führten zu einer Selbstzensur und zur Elimination kontroverser Fragen aus dem Programm, mit dem Hinweis zurück, die FCC sei imstande, eine Behandlung derartiger Themen zu erzwingen [227].

Der einstimmig gefällte Entscheid beweist, dass der Court versucht, auch die modernen, wirksamen Kommunikationsmittel einem möglichst grossen Kreis von Personen zugänglich zu machen und in den Dienst des demokratischen Staates zu stellen. Auffallend ist dabei die Abkehr vom rein defensiven, duldenden Grundrechtsverständnis und die Zuwendung zu einer aktiven Förderung besonders wichtiger Kanäle der Meinungsverbreitung. Dass diese staatliche Einflussnahme auf die elektronischen Massenmedien beschränkt ist,

225 395 U.S. 388f.
226 Ibid., 390.
227 Ibid., 392f.

hat der Supreme Court indessen in einem jüngsten, im folgenden zu besprechenden Urteil klargemacht.

b) Die Verneinung des Antwortrechts in der Presse: Miami Herald v. Tornillo [228]

Ein Gegendarstellungs- oder Antwortrecht, wie es in mehreren schweizerischen Kantonen bekannt und im Entwurf für den revidierten Art. 28 ZGB vorgesehen ist [229], bestand auch in einigen amerikanischen Bundesstaaten seit langem. In Florida beispielsweise sah ein Erlass aus dem Jahre 1913 vor, dass eine Zeitung, die einen Bewerber um ein öffentliches Amt im Wahlkampf wegen seiner Persönlichkeit oder seiner Leistungen angriff, verpflichtet sei, kostenlos eine Erwiderung des Angegriffenen in gleicher Aufmachung und an gleicher Stelle zu drucken, wobei die Unterlassung durch die Zeitung als Übertretung zu bestrafen sei. Gestützt auf diese Bestimmung forderte Pat Tornillo, Präsident einer Lehrergewerkschaft und Kandidat für die Wahl in das staatliche Abgeordnetenhaus, der vom «Miami Herald» der Unfähigkeit und des Rechtsmissbrauchs bezichtigt worden war, das Blatt auf, seine Gegendarstellung abzudrukken. Die Zeitung gelangte an die Gerichte mit dem Begehren um Feststellung, dass die Vorschrift verfassungswidrig sei. Während das erstinstanzliche Gericht in diesem Sinne entschied, hielt der Supreme Court von Florida dafür, dass die fragliche Verpflichtung vor der Verfassung standhalte.

Der einstimmige Supreme Court hob dieses Urteil auf und erklärte die Bestimmung für verfassungswidrig. Chief Justice Burger, der den Entscheid begründete, bekundete zwar Verständnis für die zur Verteidigung des Antwortrechtes vorgebrachten Gründe, namentlich für das Argument, der freie Meinungsaustausch sei vielerorts nicht mehr gewährleistet, weil in manchen Städten nur noch eine Zeitung gedruckt und verbreitet werde, wodurch kritische Stimmen kein geeignetes Forum mehr besässen. Er gab jedoch der Befürchtung des Court Ausdruck, dass ein Institut wie das Antwortrecht zu einer vom First Amendment verpönten staatlichen Reglementierung der Presse, insbesondere zu einem Diktat über den Inhalt der Zeitungen führen müsse [230], das unter allen Umständen zu vermeiden sei, da sonst die verantwortlichen Redaktoren und Verleger versucht wären, brennende Themen nicht mehr zu behandeln oder sich jedenfalls einer Stellungnahme zu enthalten, um Auseinandersetzungen und

[228] 418 U.S. 241 (1974). Vgl. zum folgenden vor allem J.P. Müller, Pflicht der Massenmedien zur Veröffentlichung politischer Anzeigen?, Archiv für Presserecht 1975 778 ff.

[229] Vgl. den «Schlussbericht der Expertenkommission für die Überprüfung des zivilrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit» vom Dezember 1974 und den Bericht der Kommission Huber über ein Presseförderungsgesetz, mit Ausführungen über das Gegendarstellungsrecht bei Monopolstellung eines Presseerzeugnisses.

[230] 418 U.S. 254.

Begehren um Aufnahme von Erwiderungen zu entgehen. Die Gestaltung der Zeitungen müsse deshalb deren Organen überlassen bleiben:

«The choice of material to go into a newspaper, and the decisions made as to limitations on the size of the paper, and content, and treatment of public issues and public officials – whether fair or unfair – constitutes the exercise of editorial control and judgment [231].»

Das Urteil erweckt einige Bedenken. Einerseits überrascht zwar die bedingungslose Anerkennung des absoluten Verbotes, die Pressefreiheit gesetzlich einzuschränken, das im First Amendment enthalten ist. Vor allem überrascht es, solche Worte vom gegenwärtigen, konservativen Court zu hören. Jegliche staatliche Einflussnahme auf den Inhalt der Zeitungen soll unterbleiben, da sonst die Diskussion öffentlicher Fragen in der Presse zurückhaltender und weniger vielfältig geführt werde [232]. Anderseits muss man sich aber fragen, ob das Urteil zeitgemäss ist oder ob bei den heutigen wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht mit einer Reglementierung, wie sie in Florida und andernorts vorgesehen war, dem First Amendment besser gedient wäre; denn staatliche Einflussnahme kann die Grundrechte nicht nur einschränken, sondern auch fördern. Besonders erstaunt, dass der Court den Red Lion Case mit keinem Wort erwähnte und daraus keine Schlüsse für den vorliegenden Fall zog, obwohl der Chief Justice selber einräumte, dass in weiten Teilen des Landes das Zeitungssterben zu einer Monopolstellung der überlebenden Blätter geführt habe [233], wogegen doch fast überall mindestens drei Fernseh- und noch mehr Radioprogramme empfangen werden können. Die Gefahr einseitiger Information und Beeinflussung ist deshalb bei der Presse virtuell noch grösser als bei den elektronischen Massenmedien. Es steht daher zu befürchten, dass das Urteil, das auf den ersten Blick als Sieg des First Amendment erscheint, der Pressefreiheit letztlich schaden wird, da es von einem überholten, gewissermassen romantischen Begriff der Pressefreiheit ausgeht und die wirtschaftlichen Wandlungen im Pressewesen nicht in Rechnung stellt. Die Macht monopolistischer Zeitungen dürfte dadurch gestärkt werden, und oppositionellen Gruppen wird es schwerer fallen, Zugang zum Medium Presse zu erhalten [234].

c) Meinung des Vereins – Meinung des Mitgliedes: Der Street- und der Lathrop-Case

Ein weiteres bedeutendes Kollisionsproblem innerhalb des First Amendment betrifft das Verhältnis zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit eines Vereins

[231] 418 U.S. 258.
[232] Ibid., 257.
[233] Im Jahre 1967 erschienen in den USA in 1547 Städten Tageszeitungen, aber nur in 64 Städten mehr als eine. Vgl. EMERSON, System, 627.
[234] So auch BARRON, Access, 1678.

und der seiner Mitglieder, wo ein Teil der Mitglieder die Äusserungen der Vereinsorgane nicht billigt. Solange es sich um einen privaten Zusammenschluss zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit freiwilliger Mitgliedschaft handelt, stellt sich die Frage nicht: Das mit der Vereinspolitik nicht einverstandene Mitglied ist jederzeit frei, seinen Austritt zu erklären. Sie taucht erst auf, wo jemand einer Vereinigung angehören *muss*, wo er zum Beitritt verpflichtet und zum Verbleiben gezwungen werden kann.

Nachdem der Supreme Court die Zulässigkeit von Zwangsmitgliedschaften mit obligatorischen Mitgliederbeiträgen bejaht hatte [235] wurde er zweimal mit der Frage befasst, inwieweit eine Vereinigung gegen den Willen ihrer Mitglieder oder eines Teils davon sich politisch engagieren und ihre Stellungnahme zu Wahlen und Sachfragen abgeben dürfe. In International Association of Machinists v. Street [236] behaupteten Mitglieder einer Gewerkschaft, ihre Beiträge seien zu einem guten Teil dazu verwendet worden, ihnen persönlich missliebige Kandidaten für politische Ämter zu unterstützen und wirtschaftliche Leitbilder zu verbreiten, mit denen sie nicht einverstanden seien. Ähnliche Beschwerdegründe machte im anderen, gleichentags entschiedenen Fall, Lathrop v. Donohue [237], ein Anwalt geltend, der dem Anwaltsverband des Bundesstaates Wisconsin hatte beitreten müssen, um seine freiberufliche Tätigkeit überhaupt aufnehmen zu können. In beiden Fällen entschied der Court gegen die sich eingeschränkt fühlenden Mitglieder, ohne dass sich die Richter auf eine eindeutige Haltung hätten einigen können [238]. Immerhin geht aus den Urteilen, in denen das ad hoc-Balancing Anwendung fand, hervor, dass eine Mehrheit die nachteiligen Auswirkungen einer solchen Zwangsmitgliedschaft auf die Grundrechte des First Amendment für gering hielt, da der Hauptzweck der Vereinigungen darin bestehe, für alle Mitglieder verbindliche Verträge und Regeln auszuhandeln und durchzusetzen, und da das Mitglied frei bleibe, seine eigenen, abweichenden Ansichten öffentlich kundzutun. Justice Brennan betonte im Street-Case, der Court beabsichtige keinesfalls, «to provide the unions with a means for forcing employees, over their objection, to support political causes which they oppose» [239]. Deshalb müsse jede Vereinigung mit Zwangsmitgliedschaft dafür Gewähr bieten, dass die Beiträge oppositioneller Mitglieder nicht für politische Zwecke und Unterstützung verwendet würden. Ähnlich hielt Brennan im Lathrop-Case dafür, der Anwaltsverband, dem der Beschwerde-

[235] Railway Employees' Department v. Hanson, 351 U.S. 225 (1956). Das Urteil bedeutete eine Anerkennung der sog. Union Shop-Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitnehmerorganisationen.

[236] 367 U.S. 740 (1961).

[237] 367 U.S. 820 (1961).

[238] Im Street-Case war das Stimmenverhältnis 6:3, in Lathrop 7:2; in beiden Fällen wurden fünf Begründungen verfasst, wobei Justice Brennan die vorherrschenden Voten abgab.

[239] 367 U.S. 749.

führer habe beitreten müssen, sei zwar auf politischem Gebiet aktiv, aber nicht in der Tages- oder Parteipolitik, sondern einzig zum Zweck, in den den Berufsstand betreffenden Fragen auf Gesetzgebung und Rechtsanwendung Einfluss zu nehmen. Für solche Zwecke die von den Mitgliedern entrichteten Beiträge zu verwenden, sei sachgemäss und angemessen.

Die Urteile haben heftiger Kritik gerufen. Justice Black als entschiedener Gegner jeglicher Zwangsmitgliedschaft wollte den Gewerkschaften einzig das Recht zugestehen, für die mit den Arbeitgebern geführten Lohnverhandlungen von den davon profitierenden Arbeitnehmern die entstandenen Verhandlungskosten einzufordern [240]. EMERSON hat darauf hingewiesen, dass die Abgrenzung nicht zwischen politischen und anderen Äusserungen der Organisation zu treffen sei, sondern dass untersucht werden müsse, ob und in welchem Umfang die Vereinigung staatlichem Einfluss unterliege. Wenn ein solcher in hohem Masse nachgewiesen sei, und wenn sich eine solcherart staatlich beeinflusste Organisation deutlich entgegen dem Willen von zum Mitmachen gezwungenen Mitgliedern äussere, dann seien deren verfassungsmässige Rechte berührt [241]. Zu bemängeln ist ausserdem, dass das Gericht sich fast ausschliesslich mit den finanziellen Interessen befasste, das Interesse der die Vereinspolitik ablehnenden Mitglieder, nicht mit dieser Politik identifiziert zu werden, kaum berücksichtigte. Immerhin wies Justice Frankfurter zu Recht darauf hin, dass in jeder Vereinigung im einen oder andern Fall Beschlüsse gefasst und Gelder verwendet würden, ohne dass alle Mitglieder damit einverstanden seien; dies gehöre zum Wesen demokratischer Willensbildung [242].

### 7. Abschnitt: «Preferred Freedoms»: Versuch einer Würdigung

Die «preferred freedoms»-Doktrin, wie sie in den vierziger Jahren vom Supreme Court angewendet wurde, fusst auf einer äusserst knappen und dementsprechend ungenauen Formel, über deren Inhalt und Anwendbarkeit die Meinungen noch immer auseinandergehen. Ihre Bedeutung war zunächst keineswegs klar; sie wurde erst mit der Zeit, durch die den Court erreichenden Fälle aus dem Gebiet des First Amendment präzisiert und konkretisiert. Justice Stones Carolene Products-Fussnote beinhaltet nicht die ganze Theorie; sie stellt lediglich den Kristallisationspunkt liberalen Gedankengutes dar, das vor ihm bereits Holmes, Brandeis und Cardozo verbreitet hatten. Um diesen Ansatzpunkt verdichtete sich die Idee von «preferred freedoms» mit jedem Entscheid,

240 367 U.S. 791.
241 EMERSON, System, 692ff.
242 367 U.S. 808.

in dem ein Anspruch auf ungehinderte Ausübung eines ideellen Grundrechts mit einem anderen verfassungsrechtlich geschützten Wert konfrontiert war und sich durchsetzte. Stone führte seinen Grundgedanken vorerst selbst weiter, ehe Black und seine liberalen Mitstreiter den Faden weiterspannen – zu weit für die übrigen Richter, mit der Zeit selbst für Stone. Damit ist ein weiterer Grund für die mangelnde Wirksamkeit der Doktrin angedeutet, das Fehlen einer tragenden, überzeugenden Mehrheit, vor allem nach dem Tode von Stone. Wohl gesellten sich von Fall zu Fall etwa der neue Chief Justice Vinson oder die Justices Jackson und Reed auf die Seite der vier ausgesprochen liberalen Richter, verlässliche Bundesgenossen waren sie aber nicht, da sie sich häufig Justice Frankfurter anschlossen, dem erbitterten Gegner jeglicher Bevorzugung einzelner Grundrechte vor andern. Wegen des Fehlens einer geschlossenen Haltung des obersten Gerichts konnten sich weder die unteren Instanzen noch die Bürger ein auch nur einigermassen genaues Bild über den tatsächlichen Schutzumfang der im First Amendment enthaltenen Grundrechte machen. Zufälligkeiten entschieden über die Bildung der Mehrheit und damit über den Ausgang eines Verfassungsstreites. Schliesslich, dies ein dritter Nachteil, waren die Tage der liberalen Mehrheit zu kurz, als dass die «preferred freedoms»-Doktrin hätte vollendet werden und sich in einer gefestigten Praxis hätte niederschlagen können.

Dennoch hat die Idee einer «preferred position» der Grundrechte des First Amendment die seitherige Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court und der unteren Gerichte der USA entscheidend und unauslöschlich geprägt. Am Ende der Wirtschaftskrise der dreissiger Jahre durch Richter geschaffen, die aus bitteren Erfahrungen zum Schluss gelangt waren, dass es nicht Sache der Gerichte sein könne, wirtschaftspolitische Entscheidungen des Kongresses auf ihre Zweckmässigkeit und Angemessenheit zu überprüfen, hat sie die zentrale Bedeutung der ideellen Grundrechte, vorab des freien Meinungsaustausches, für die Demokratie wieder sichtbar gemacht und diesen Rechten den ihnen danach gebührenden Schutz zukommen lassen. Die Richter erkannten, dass hinter den First Amendment-Rechten keine finanzstarken Gruppeninteressen stehen, keine «pressure groups», die im Kongress die Verbesserung allfällig bestehender oder behaupteter Unzulänglichkeiten erzwingen könnten; dass es deshalb vornehmlich oder gar ausschliesslich Sache der Verfassungsgerichte sein müsse, diese Rechte, auf die sich insbesondere unbequeme, ja verhasste Minderheiten und Randgruppen berufen, vor der Willkür im Normdenken verhafteter Mehrheiten abzuschirmen. Die Toleranz andersdenkenden Menschen gegenüber hat der Supreme Court seit der Anerkennung der «preferred freedoms» immer wieder betont, ungeachtet der wechselnden Mehrheitsverhältnisse und Strömungen:

«I do not believe that it can be too often repeated that the freedoms of speech, press, petition and assembly guaranteed by the First Amendment must be accorded to the ideas we hate or sooner or later they will be denied to the ideas we cherish [243].»

Die Rückkehr zur vermehrten Beachtung der Rechte des Menschen als eines vernünftigen Wesens, die den Verfassungsschöpfern vorgeschwebt hatte, aber während der Epoche des beinahe unbegrenzten wirtschaftlichen Wachstums zugunsten eines verstärkten Schutzes der ökonomischen Grundrechte und der Eigentumsgarantie aufgegeben worden war, bildet einen eigentlichen Wendepunkt in der Rechtsprechung des Court [244] und zugleich den Beginn einer Entwicklung, die bis heute nicht abgeschlossen ist. Ohne die Bedürfnisse der ideellen Grundrechte zu vergessen oder zu vernachlässigen – mit Ausnahme der beklagenswerten Entwicklung zu Beginn der fünfziger Jahre, während der allerdings auch die übrigen Grundrechte keinen besonderen Schutz genossen –, hat der Supreme Court seither noch anderen Grundrechten eine erhöhte Stellung zuerkannt, so der «equal protection clause» des Fourteenth in Verbindung mit dem Fifteenth Amendment [245] und den prozessualen Garantien für den Angeschuldigten im Strafprozess, wie sie im Sixth Amendment festgehalten sind [246]. Rede-, Presse- und Religionsfreiheit sowie die übrigen eng mit ihnen verknüpften Grundrechte des First Amendment sind somit heute nicht mehr die einzigen «preferred freedoms» der Bill of Rights; die Begriffe der «preferred freedoms» und «preferred position», wie sie in den vierziger Jahren Eingang in die Sprache des Supreme Court gefunden haben, sind deshalb heute nicht mehr ganz zutreffend und werden auch, abgesehen von einzelnen Ausnahmen [247], nicht mehr verwendet. Die dahinter stehende Idee ist aber ohne Zweifel lebendig geblieben:

«The preferred position, whether known by that or some other name, is a fact of American constitutional law [248].»

[243] Justice Black, diss., in Communist Party v. Subversive Activities Control Board, 367 U.S. 1, 137 (1961), zitiert von Justice Powell in Healy v. James, 408 U.S. 169, 188 (1972). Vgl. auch Justice Jackson in West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 641 f. (1943): «We can have intellectual individualism and the rich cultural diversities that we owe to exceptional minds only at the price of occasional eccentricity and abnormal attitudes.»

[244] Nach Krislov, 77, war diese Wende nur möglich wegen der abnehmenden Bedeutung des Grundeigentums für die grosse Masse der Bevölkerung und dem Aufkommen von Anteilscheinen und anderen Formen weniger greifbaren und fassbaren Eigentums.

[245] Section I: «The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude.»

[246] Vgl. dazu P. Hutzli, Die verfassungsmässigen bundesrechtlichen Schranken im einzelstaatlichen Strafprozess. Rechtsvergleichend dargestellt am Beispiel der USA und der Schweiz, Diss. Bern, Zürich 1974.

[247] Etwa in dissenting opinions; vgl. Justice Marshall in Lloyd Corp. v. Tanner, 407 U.S. 551, 587 (1972).

[248] McKay, 1222; im gleichen Sinn Krislov, 118, Abraham, 201, Strong, 70, Pfeffer, 1121.

# 4. Kapitel: «Preferred Freedoms» in der Schweiz?

## Vorbemerkung

Die Überschrift bedarf einer Erläuterung. Die Untersuchung in diesem Kapitel beschränkt sich auf die Frage, ob auch in der Schweiz «preferred freedoms» in dem Sinne bestehen, in dem der Begriff in dieser Arbeit verwendet wird; mit anderen Worten, ob in unserem Lande der Meinungsäusserungsfreiheit und den mit ihr eng verwandten Grundrechten eine bevorzugte Stellung eingeräumt wird. Dagegen wird nicht oder nur am Rande geprüft werden, ob der Begriff in der schweizerischen Verfassungswirklichkeit auf andere Grundrechte oder Grundrechtskategorien angewendet werden könnte, etwa auf die Eigentumsgarantie, die persönliche Freiheit, oder die Gruppe der unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte [1]. Nach einem kurzen Überblick über die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den ideellen Grundrechten und über die Ansichten der Lehre zur «preferred freedoms»-Doktrin wird zu prüfen sein, ob die verschiedenen Bestandteile, aus denen sich diese Doktrin in den USA zusammensetzt, in der Schweiz vorhanden sind und beachtet werden.

## 1. Abschnitt: Die Einführung und Entwicklung der ideellen Grundrechte in der Schweiz

Die Einführung der Grundrechte in der Schweiz gestaltete sich völlig anders als die Schaffung der Bill of Rights in den USA. Waren hier der Verfassungsschöpfung umfassende, von weiten Volksschichten getragene Diskussionen über die Ausgestaltung des jungen Staates und des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger vorausgegangen, so fehlten solche Auseinandersetzungen in der alten Eidgenossenschaft fast gänzlich; das naturrechtliche Gedankengut der Aufklärung war nicht systematisch verbreitet worden, die wissenschaftliche und politische Auseinandersetzung damit blieb wenigen vorbehalten. Die Grundrechte wurden 1798 in der Helvetischen Verfassung von aussen her eingeführt, und auch in den seitherigen Verfassungen ist im Grundrechtskatalog wenig typisch schweizerisches Gedankengut festzustellen [2]. Ebenso hat in der Schweiz ein dringendes Bedürfnis nach Gewährleistung eines bestimmten Grundrechts

[1] Vgl. dazu CHRISTOPH LEUENBERGER, Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes, Diss. Bern 1976.

[2] So die Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes und die Gemeindeautonomie; vgl. HUBER, Garantie, 33a, derselbe, Grundrechte, 179.

oder der Grundrechte schlechthin kaum je einen entscheidenden Anstoss zu einer Verfassungsänderung gegeben, ausser vielleicht bei der Einführung der Regenerationsverfassungen in den liberalen Kantonen, die mit vom Postulat der Wiedereinführung der Pressefreiheit getragen wurden, welche durch das Fremdenkonklusum praktisch bedeutungslos geworden war [3]. Bei der Schaffung der Bundesverfassung von 1848, die «nicht in eine für die Grundrechte besonders aufgeschlossene Zeit» fiel [4], standen jedenfalls nicht diese Rechte, sondern organisatorische Fragen, die politischen Verfassungsrechte und der Gleichheitssatz im Vordergrund. Entsprechend wurde kein umfassender, sondern ein höchst lückenhafter Grundrechtskatalog aufgenommen [5], in dem auch die geistigen Freiheiten nur bruchstückweise enthalten waren. Einige dieser Grundrechte, etwa die Versammlungsfreiheit, galten geradezu als staatsgefährdend [6]. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit, 1848 in der Verfassung nicht enthalten und 1866 in einer Volksabstimmung abgelehnt, fand erst 1874 Eingang in das Grundgesetz der Eidgenossenschaft. Danach erlebten die Grundrechte während Jahrzehnten keine nennenswerte Erweiterung oder Veränderung [7], bis sich in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg eine Erneuerung und vermehrte dogmatische Durchdringung des Grundrechtsgedankens anbahnte, die, vor dem Hintergrund der sich verstärkenden Technifizierung des Rechts, seit ungefähr fünfzehn Jahren zu einer von Lehre und Rechtsprechung gleicherweise getragenen Wandlung geführt hat [8]. Diese Bewegung dürfte sich in den kommenden Jahren weiter entwickeln, nicht zuletzt im Zusammenhang mit den Diskussionen um eine Totalrevision der Bundesverfassung, die allerdings bis heute im Volk keinen grossen Rückhalt gefunden haben.

[3] AUBERT, Traité, Nr. 2072, HUBER, Grundrechte, 183.

[4] HUBER, Grundrechte, 185; vgl. ferner R. FELLER, Berns Verfassungskämpfe 1846, Bern 1948, für einen Überblick über die damaligen Strömungen.

[5] HUBER, Grundrechte, 184f., nennt als Hauptgründe für den lückenhaften Grundrechtskatalog und -schutz die fehlende Bedrohung der Grundrechte, das Abflauen des Freiheitspathos und des Werterlebnisses der persönlichen Freiheiten, eine gewisse Enge des Gesichtskreises, die das Menschheitliche an den Grundrechten verdeckt habe, die gegenüber andern Staaten weniger starre Gegenüberstellung von Staat und Individuum und das Fehlen einer Tradition justizstaatlicher Elemente.

[6] FELLER, a.a.O., 144ff.

[7] Zu erwähnen sind immerhin die Referate von H. HUBER und A. FAVRE am Schweizerischen Juristentag 1936.

[8] Vgl. dazu vor allem das umfassende Werk von P. SALADIN, Grundrechte im Wandel; ferner HUBER, Soziale Beziehungen, 196f.

## 2. Abschnitt: Tendenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den ideellen Grundrechten

### *1. Die frühe Rechtsprechung*

Wie die ideellen Grundrechte im Laufe des letzten Jahrhunderts nur langsam Eingang ins Rechtsbewusstsein der Bürger und in die Verfassungen des Bundes und der Kantone fanden, so entwickelte sich eine Rechtsprechung des Bundesgerichtes auf diesem Gebiet nur zögernd. Nach der Verfassung von 1848 war das Gericht von der Staatsrechtspflege so gut wie ausgeschlossen, und auch nach der revidierten Verfassung verblieb der Entscheid über Verletzungen wesentlicher verfassungsmässiger Rechte den politischen Behörden [9]; insbesondere war das Bundesgericht bis fast zur Jahrhundertwende nicht zuständig, über Verletzungen der Glaubens- und Kultusfreiheit zu urteilen ausser in den Fällen, in denen eine kantonale Verfassungsgarantie über die Gewährleistung von Art. 49 und 50 BV hinausging [10]. Die Aufgabe war delikat, in den Jahren und Jahrzehnten, die dem Kulturkampf folgten, einen Ausgleich zwischen den sich befehdenden Konfessionen zu finden; soweit das Bundesgericht damit befasst war, hatte es mit seinen Entscheiden eine glückliche Hand. Es trug nicht wenig zur Förderung des konfessionellen Friedens bei, kämpfte gegen die vielerorts geübte Intoleranz und trat für die Achtung des religiösen Empfindens der Menschen aller Glaubensbekenntnisse ein [11]. Auch oder gerade religiöse Minderheiten waren nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtes in der Äusserung ihrer Glaubensansichten und in der Ausübung ihrer Kulthandlungen in den Schranken der öffentlichen Ordnung zu schützen [12]. Die Rechtsprechung zu Art. 55 BV beschäftigte sich zu Beginn vor allem mit der Zulässigkeit strafrechtlicher Verfolgung der verantwortlichen Herausgeber von Erzeugnissen der Druckerpresse; ein Blick auf die beurteilten Fällen beweist, dass viele Redaktoren damals eine spitze Feder führten, und dass Zimperlichkeit verpönt war [13]. Bei diesen Entscheiden stand die Pressefreiheit als Individualrecht zur Diskussion; aber schon bald erkannte das Bundesgericht die institutionelle Bedeutung des Grundrechts und prüfte in der Folge stets, ob eine inkriminierte Äusserung in Erfüllung der besonderen, der Presse obliegenden Aufgaben erfolgt sei [14]. Mit der Meinungsäusserungsfreiheit befasste sich das Bundesgericht nur in den wenigen Fällen, in denen der Umfang dieser Garantie in einer

[9] A. Haefliger / 6.
[10] BGE *12* 105 f., *15* 193 f., 734, *17* 354.
[11] Haefliger, 7, Saladin, Grundrechte, 12.
[12] BGE *12* 107, *20* 280 f.
[13] Etwa BGE *26* I 38 und 425.
[14] BGE *37* I 376; ebenso *38* I 501, *52* I 120; Saladin, Grundrechte, 43 f.

Kantonsverfassung zu bestimmen war. Wie in seiner Rechtsprechung zur Vereins- und Versammlungsfreiheit [15] legte es Gewicht auf die Feststellung, dass das Grundrecht durch die allgemeine Rechtsordnung und die Sittlichkeit eingeschränkt werde [16].

*2. Die neuere Rechtsprechung*

Hatte die Hauptaufgabe des Bundesgerichtes als Verfassungsgericht bis zur Jahrhundertwende darin bestanden, den Schutzbereich der Grundrechte abzugrenzen und ihren Inhalt zu konkretisieren, so ging es nachher darum, die erarbeiteten Grundsätze zu verfeinern und den Entwicklungen anzupassen, und insbesondere das Verhältnis zu den Polizeivorschriften zu gestalten. Es fällt auf, mit welcher Zurückhaltung das Gericht die ideellen Grundrechte schützte. Das mag auf mehrere Gründe zurückzuführen sein. Einmal genoss die Handels- und Gewerbefreiheit unter allen Grundrechten das grösste Ansehen und im Rechtsalltag die grösste Bedeutung. Ferner waren die in diese Zeit fallenden Weltkriege mit ihren Bedrohungen für unser Land nicht dazu angetan, den Schutzbereich jedenfalls politischer Meinungsäusserungen zu erweitern. Endlich spielte eine gewisse Gleichgültigkeit der Rechtsunterworfenen mit, dass die Gerichte nicht häufiger über Verletzungen geistiger Freiheitsrechte urteilen mussten, wobei auch von der Rechtswissenschaft lange Zeit wenig Impulse zu deren umfassenderen Ausgestaltung ausgingen.

Die weitgehende Freiheit, die selbst kleinen religiösen Minderheiten gewährt worden war, wurde durch eine restriktivere Praxis abgelöst; die Landeskirchen wurden Sekten gegenüber deutlich bevorzugt. Diese Haltung zeigt sich etwa in verschiedenen die Zeugen Jehovahs betreffenden Urteilen, wobei der Unterschied zur liberalen Rechtsprechung des Supreme Court in derselben Frage augenfällig ist [17]. Politische Äusserungen und Manifestationen wurden von den staatlichen Behörden in den unruhigen Kriegs- und Krisenzeiten recht streng überwacht [18], und einschränkende Massnahmen gegen extreme Organisationen aller politischen Schattierungen fanden stets dann die Billigung des Bundesgerichtes, wenn eine Publikation oder eine geplante Kundgebung geeignet oder bestimmt war, die öffentliche Ordnung erheblich zu gefährden [19]. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist deshalb hie und da mit der «clear and present danger»-Praxis des Supreme Court verglichen worden [20]; meines Erachtens

15 BGE *12* 93, *15* 682; *8* 249, *10* 18.
16 BGE *12* 513.
17 BGE *50* I 369; Saladin, Grundrechte, 13 f. Für einen Überblick über die Rechtsprechung des Supreme Court vgl. oben S. 75 f.
18 Vgl. dazu die Arbeit von J.-D. Perret, La liberté d'opinion face à l'Etat.
19 BGE *60* I 108, *61* I 264, *63* I 281; anders noch *58* I 84.
20 Perret, 20.

wäre ein Vergleich mit dem «dangerous tendency»-Test eher zutreffend [21]. Immerhin konnte das Bundesgericht auf die Unterstützung der herrschenden Meinung zählen; nach Wegfall der Beschränkungen zollten auch die Exponenten der Meinungspresse den getroffenen Massnahmen Anerkennung [22].

Die Meinungsäusserungsfreiheit im engen Sinn tauchte in der Rechtsprechung nach 1925 nicht mehr auf. Überhaupt befasste sich das Bundesgericht dogmatisch wenig mit den ideellen Grundrechten, sieht man vom missglückten Versuch ab, das Versammlungsrecht aus der Vereinfreiheit abzuleiten [23]. Von einer besonderen Achtung für diese Grundrechte war wenig zu spüren, und von einer bevorzugten Stellung konnte schon gar nicht die Rede sein. Sie wurden gegenteils wenig beachtet, und ihre Ausstrahlung auf die Gesetzgebung wurde entweder für gering eingeschätzt [24] oder geradezu verneint [25], womit ihnen bloss die Bedeutung eines Willkürverbotes zuerkannt wurde [26].

### *3. Die Entwicklung seit 1960*

#### a) Allgemeines

Herrschte lange Zeit das Gefühl vor, das schweizerische Grundrechtsdenken sei erstarrt und einseitig auf die Bedürfnisse der Handels- und Gewerbefreiheit sowie des Doppelbesteuerungsverbotes ausgerichtet, so hat in den letzten fünfzehn Jahren ein sich wandelndes Grundrechtsverständnis zu einer Erneuerung und Erweiterung der bundesgerichtlichen Verfassungsrechtsprechung geführt. Dabei sind andere als die rein wirtschaftlichen Grundrechte bedeutsam geworden; gerade die geistigen Freiheiten und die Rechte, die für die politische Willensbildung und -kundgabe wesentlich sind, haben vermehrte Anerkennung gefunden. Das Bundesgericht hat erkannt, dass der Grundrechtskatalog der Bundesverfassung nicht genügt und nicht als abschliessend verstanden werden darf. In einer mit seiner früheren, zurückhaltenden Rechtsprechung kontrastierenden kühnen und meisterlichen Interpretation der Verfassungsidee anerkannte das Gericht erstmals im Jahre 1960 ein durch ungeschriebenes Verfassungsrecht gewährleistetes Freiheitsrecht [27], wobei dieser erste Entscheid die

[21] BGE *60* I 207, *57* I 266; Favre, Evolution, 371a.

[22] «Als nach dem Abschluss des Zweiten Weltkrieges das Pressenotrecht wegfiel, stand fest, dass die schweizerische Pressepolitik allem äussern und innern Druck zum Trotz ihre beiden entscheidenden Positionen hatte behaupten können: das Recht des eigenen Volkes auf Information über die Weltereignisse und das Recht auf die freie, korrekte Äusserung einer eigenen Meinung.» M. Feldmann, 29a.

[23] BGE *53* I 354, *57* I 266, *58* I 92, *60* I 207, *61* I 35, 107.

[24] BGE *80* II 26.

[25] BGE *70* IV 20, *71* II 191, *77* IV 94.

[26] Saladin, Grundrechte, 17.

[27] Urteil vom 11. Mai 1960, ZBl *62* (1961) 69ff. Das Bundesgericht hatte bereits 1959 in zwei nicht veröffentlichten Urteilen gleich argumentiert. Vgl. allgemein zum ungeschriebenen Verfassungsrecht Grisel, Droit public, 139ff.

Eigentumsgarantie betraf. Seither ist der Kreis dieser Rechte erweitert worden; auch die Meinungsäusserungsfreiheit [28] und das Versammlungsrecht [29] werden wie die Sprachenfreiheit [30] dazu gezählt. Das Bundesgericht hat aber deutlich gemacht, dass eine solche Anerkennung nur mit Zurückhaltung erfolgen soll, und sie jüngst der Demonstrationsfreiheit versagt [31], Teilnehmer an Kundgebungen auf öffentlichem Grund indessen unter den Schutz der Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit gestellt [32], soweit ein solcher Schutz gewährt werden kann.

Ganz besonders verstärkt worden ist der Schutz der persönlichen Freiheit [33], die ebenfalls als durch ungeschriebenes Verfassungsrecht gewährleistet gilt und nach der Auffassung des Verfassungsgerichtes nicht mehr bloss die körperliche Unversehrtheit schützen soll [34], sondern auch die dem Menschen eigene Fähigkeit, eine bestimmte Begebenheit zu würdigen und danach zu handeln. Das Grundrecht wird als verfassungsmässiger Leitgrundsatz verstanden, der alle Freiheiten gewährleistet, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen, und bietet so einen umfassenden Grundrechtsschutz [35]. Unrichtig wäre die Deutung der neu definierten persönlichen Freiheit als generelles Auffang-Grundrecht [36], begrüssenswert dagegen als Ausdruck verstärkter personaler Ausrichtung der Grundrechte [37].

Damit ist angedeutet, dass das Bundesgericht die ideellen Grundrechte zwar vermehrt beachtet, dass es insbesondere ihre institutionelle Bedeutung für die auf die politische Mitwirkung des Bürgers angewiesene Demokratie klar erkannt und herausgebildet hat [38], dass diesen Rechten jedoch noch keine

[28] BGE *87* I 117, *91* I 485f., *96* I 224, 592, *97* I 896, *98* Ia 80, 413, 421, *99* Ia 693, *100* Ia 399.

[29] BGE *96* I 224, *97* I 914, *99* Ia 693, *100* Ia 399.

[30] BGE *91* I 485f.

[31] *100* Ia 400f. Nach dieser Rechtsprechung wird eine Gewährleistung von in der Verfassung nicht genannten Grundrechten durch ungeschriebenes Verfassungsrecht nur bezüglich klassischer, in der Lehre anerkannter Freiheitsrechte angenommen, «welche die Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte bilden oder sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen».

[32] BGE *96* I 224, *97* I 914, *99* Ia 693.

[33] BGE *90* I 36, *97* I 49f., 842, *99* Ia 509.

[34] So die frühere Rechtsprechung, BGE *88* I 271f., *89* I 98; SALADIN, Grundrechte, 92f.

[35] BGE *97* I 842.

[36] SALADIN, Grundrechte, 98, HUBER, Persönliche Freiheit, 120, MÜLLER, Bemerkungen, 223f., RHINOW, Grundrechtskatalog, 234, A. GRISEL, La liberté personelle et les limites du pouvoir judiciaire, Revue internationale de droit comparé *1975* 549ff., 566f.

[37] Gleicher Ansicht sind SALADIN, Grundrechte, XIII, MÜLLER, Bemerkungen, 223, GRISEL, a.a.O., 567, während HUBER, Persönliche Freiheit, 118ff., ein Grundrecht «allgemeine Freiheit» überhaupt ablehnt, soweit es über die Garantie körperlicher Unversehrtheit hinausgeht. NEF, 194, und FAVRE, Evolution, 360a, derselbe, Droit constitutionnel, 272f., und Aspects, 465, bejahen demgegenüber den Charakter der persönlichen Freiheit als Grund-Freiheitsrecht.

[38] So in BGE *98* Ia 79f: «Meinungsäusserungsfreiheit und Pressefreiheit bilden tragende Grundlagen der schweizerischen Demokratie, die dem Bürger zutraut, zwischen den verschiedenen gegensätzlichen Auffassungen zu unterscheiden, unter den Meinungen auszuwählen, Übertreibungen als solche zu erkennen und vernunftgemäss zu entscheiden.»

umfassende Garantie zuteil wird, auch keine umfassendere als den wirtschaftlichen Grundrechten. So hat das Gericht noch kürzlich in einem Fall, in dem es die Zulässigkeit einer öffentlichen Erklärung eines Anwalts in einem Strafprozess zu prüfen hatte und eine Disziplinarmassnahme wegen Verletzung der Standesregeln als mit Art. 31 BV vereinbar erachtete, für die Zulässigkeit der Massnahme unter dem Gesichtspunkt der ideellen Grundrechte den folgenden Schluss gezogen:

«Ist eine die Freiheit des Einzelnen beschränkende Massnahme aus gewerbepolizeilichen Gründen notwendig und mit Art. 31 BV vereinbar, so kann sich der Betroffene daher ihr gegenüber nicht auf die Presse- oder die Meinungsäusserungsfreiheit berufen [39].»

In gleicher Weise hat das Bundesgericht bis vor kurzem das Medium Film in erster Linie Art. 31 BV unterstellt, Filmvorführungen nicht allgemein als Form der Meinungsäusserung anerkannt und damit den Film eher als gewerbliches Erzeugnis denn als künstlerische Aussage verstanden [40]. Erst im neuesten Urteil zur Meinungsäusserungsfreiheit ist diese Rechtsprechung teilweise aufgegeben worden [41].

Wenngleich das Bundesgericht bisher keine Rangordnung unter den verschiedenen Grundrechten oder Grundrechtskategorien aufgestellt hat [42], wird aus seiner Rechtsprechung deutlich, dass den den First Amendment-Rechten entsprechenden Individualrechten noch kaum eine «preferred position» oder auch bloss eine «equal position» mit den wirtschaftlichen Grundrechten zuerkannt worden ist. Zudem fällt auf, dass das Gericht sich gegenüber den Forderungen von Doktrin und Rechtssuchenden auf Abkehr vom rein defensiven Grundrechtsschutz eher zurückhaltend zeigt. Die Auffassung scheint weiterhin vorzuherrschen, dass der Bürger aus den Grundrechten keinen Anspruch auf aktiven Schutz durch den Staat oder auf staatliche Leistungen ableiten kann [43].

b) Der Entscheid Aleinick, BGE *96* I 586

Clothilde Aleinick verteilte bei Arbeitsschluss den Arbeitern einer Genfer Unternehmung vor dem Fabrikeingang ein Flugblatt mit kritischen Äusserungen über die Firmenleitung und die Gewerkschaftsvertreter der Arbeiterschaft. Da sie entgegen einem Reglement aus dem Jahre 1895 nicht vorgängig beim kantonalen Justiz- und Polizeidepartement um eine Bewilligung nachgesucht

[39] BGE *98* Ia 63.
[40] Vgl. die Kritik bei SALADIN, Grundrechte, 80ff., AUBERT, Traité, Nr. 1900f.
[41] BGE *101* Ia 255f.
[42] SALADIN, Grundrechte, 380.
[43] So noch BGE *98* Ia 367: «Der Sinn der Freiheitsrechte ist die Begrenzung der staatlichen Macht gegenüber dem einzelnen Bürger. Sie gewährleisten ihm Schutz vor staatlichen Eingriffen, geben ihm aber keinen Anspruch auf positive Leistungen des Staates.»

hatte,wurde sie von den zuständigen kantonalen Instanzen gebüsst. Daraufhin gelangte sie mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht und machte unter anderem eine Verletzung der Presse- und der Meinungsäusserungsfreiheit geltend. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut. Es führte zunächst aus, dass das Flugblatt, von dem die Beschwerdeführerin etwa 600 Exemplare verteilt hatte, als für einen idealen Zweck bestimmtes Erzeugnis der Druckerpresse unter den Schutz von Art. 55 BV falle, obwohl es sich im wesentlichen an die Arbeitnehmer eines einzigen Unternehmens gerichtet und letztlich auf die wirtschaftliche Besserstellung der Arbeiter hingezielt habe [44]. Danach stellte das Gericht fest, dass das Erfordernis einer Polizeibewilligung für das Verteilen von Flugblättern auf einer öffentlichen Strasse durch bloss eine Person unverhältnismässig sei, da mit dieser Tätigkeit kaum irgendwelche Polizeigüter verletzt oder auch nur gefährdet werden könnten; die fragliche Bestimmung des Reglements müsse deshalb als der bundesrechtlich garantierten Pressefreiheit widersprechend aufgehoben werden [45]. Damit hätte das Bundesgericht es bewenden lassen können. Es ging aber noch einen Schritt weiter. Ohne sich Gedanken zu machen, ob neben der Berufung auf Art. 55 BV die Anrufung der Meinungsäusserungsfreiheit überhaupt noch möglich sei [46], hielt es dafür, dass die angefochtene Vorschrift auch damit nicht vereinbar sei und benützte die Gelegenheit, sich zur Bedeutung dieses ungeschriebenen Verfassungsrechts zu äussern. Dabei stellte es fest, dass die freie Meinungsäusserung, im Unterschied zu anderen Grundrechten, nicht bloss eine Voraussetzung für die Ausübung der persönlichen Freiheit und ein unabdingbares Element für die menschliche Entfaltung sei. Vielmehr, fuhr das Gericht fort,

«elle est encore le fondement de tout Etat démocratique: permettant la libre formation de l'opinion, notamment de l'opinion politique, elle est indispensable au plein exercice de la démocratie. Elle mérite dès lors une place à part dans le catalogue des droits individuels garantis par la constitution et un traitement privilégié de la part des autorités [47].»

Mit diesen Worten, die deutlich an die Sprache des liberalen Supreme Court der vierziger Jahre anklingen, wies das Bundesgericht der Meinungsäusserungsfreiheit eine bevorzugte Stellung unter den Grundrechten zu [48], selbst wenn es gleich im nächsten Satz beifügte, dass auch diese Freiheit nicht unbegrenzt sei, ohne die zulässigen Einschränkungen im einzelnen aufzuzählen [49].

[44] BGE *96* I 588 f.
[45] Ibid., 590 f.
[46] MORANT, 29 f., bemängelt, dass das Bundesgericht das Verhältnis der ideellen Grundrechte unter sich noch nicht geklärt hat. Seines Erachtens schliesst die Anwendung von Art. 55 BV als lex specialis die Berufung auf die Meinungsäusserungsfreiheit als lex generalis aus. Gleich hat das Bundesgericht bisher bezüglich des Verhältnisses zwischen Art. 49 f. BV und Art. 56 BV entschieden: BGE *13* 9, *15* 690.
[47] BGE *96* I 592.
[48] GRISEL, Juridiction, 223.
[49] BGE *96* I 592 f.

Der Aleinick-Entscheid hob sich von der bisherigen Rechtsprechung deutlich ab. In den folgenden Urteilen musste sich erweisen, ob die Proklamation von «preferred freedoms» als ein blosses deklaratorisches Diktum ohne normativen Wert oder als Ausgangspunkt für eine neu orientierte Grundrechtsprechung zu deuten sei. In einem kurz darauf folgenden Urteil berief sich das Bundesgericht ausdrücklich auf das Aleinick-Urteil, betonte die wichtige Rolle der freien Meinungsäusserung im Gespann mit den politischen Rechten und hob deshalb das Verbot einer Unterschriftensammlung auf öffentlichem Grund für eine Volksinitiative auf [50]. Bereits in den nachfolgenden Urteilen steckte das Gericht jedoch merklich zurück, als ob es seine eigene Kühnheit bedaure und sie möglichst schnell vergessen lassen wolle [51]. Jedenfalls beeilte es sich auszuführen, dass die Meinungsäusserungsfreiheit allgemein keine weitergehenden Ansprüche einräume als die Handels- und Gewerbefreiheit [52], und dass aus den Grundrechten kein Anspruch auf positive Leistungen des Staates entstehe, dass sich ihr Sinn vielmehr im Schutz vor staatlichen Eingriffen erschöpfe [53]. Damit schien das Bundesgericht wieder zu seiner traditionellen Grundrechtsprechung mit der Anerkennung eines undifferenzierten, allgemeinen Polizeivorbehaltes für sämtliche Grundrechte und der Verfechtung der status negativus-Theorie zurückzukehren. Ein neuestes Urteil zeigt indessen, dass die im Aleinick-Entscheid ausgesprochenen Ideen ihre Früchte zu tragen beginnen.

c) Der Strassentheater-Fall: Komitee für Indochina c. Zug, BGE *100* Ia 392

Mit diesem Urteil hat das Bundesgericht die Rechtsprechung zu den ideellen Grundrechten in einer Weise fortentwickelt, die für die Zukunft einiges erhoffen lässt und beweist, dass sich das Grundrechtsverständnis des obersten Gerichts gewandelt und verfeinert hat.

Zu entscheiden stand die Frage, ob dem Ersuchen des Komitees für Indochina und seines Initianten hätte stattgegeben werden müssen, zu einer bestimmten Zeit auf einem bestimmten Platz der Stadt Zug ein Strassentheater mit Benützung von Megaphonen durchzuführen. Zwar hatten die Beschwerdeführer keinen Erfolg: Das Bundesgericht wies ihr Ansinnen ab und gab auch ihrem weiteren Begehren nicht statt, die Demonstrationsfreiheit als selbständige Verfassungsgarantie anzuerkennen. Wesentlicher ist jedoch, dass das Gericht erklärte, solche Veranstaltungen seien grundsätzlich zulässig und stünden unter

[50] BGE *97* I 893ff. Das Bundesgericht erachtete die Bewilligungspflicht für solche Unterschriftensammlungen als zulässig, dies jedoch unter dem Gesichtspunkt des Initiativrechts.

[51] Im gleichen Sinn äussert MORANT, 48, die Vermutung, dass das Bundesgericht mit der Anerkennung einer «preferred position» der Meinungsäusserungsfreiheit «s'est lancé dans une aventure constitutionnelle dont il n'a certainement pas mesuré toutes les implications».

[52] BGE *98* Ia 63.

[53] BGE *98* Ia 367. Vgl. die scharfe Kritik von MORANT, 53f., und J.-F. AUBERT, Liberté d'opinion, 442.

dem Schutz der Meinungsäusserungs- und der Versammlungsfreiheit, und die zuständigen Behörden anwies, bei der Behandlung von Gesuchen den besonderen ideellen Gehalt dieser Grundrechte angemessen zu berücksichtigen [54]. Das Gericht liess es nicht bei dieser allgemeinen Bemerkung bewenden, sondern lieferte gewissermassen eine Anleitung für die Behandlung von Gesuchen um Bewilligung derartiger Veranstaltungen. Es sei unerlässlich, gleichartige Anlässe unparteiisch gleich zu behandeln, und unzulässig, eine Manifestation aufgrund eines Urteils über ihren Wert oder Unwert zu bewilligen oder zu untersagen [55]. Der Entscheid könne nicht nur durch polizeiliche Gründe, sondern auch durch Erwägungen über die zweckmässige Nutzung einer öffentlichen Anlage und durch Rücksichtnahme auf die Interessen der Anwohner beeinflusst werden. Mit diesen Erwägungen erinnerte das Bundesgericht an das Toleranzgebot, das es in frühen Mormonen- und Heilsarmee-Urteilen ausgesprochen hatte [56], mit dem Unterschied, dass es nunmehr das Bedürfnis nach einem möglichst ungehinderten Meinungsaustausch in den Vordergrund stellte. Die im Aleinick-Entscheid enthaltene Feststellung, die Meinungsäusserungsfreiheit sei über andere Grundrechte zu stellen, wurde allerdings nicht wiederholt.

Am bedeutsamsten ist wohl aber die Tatsache, dass das Bundesgericht zum erstenmal die Pflicht des Staates andeutete, die ideellen Grundrechte selber zu fördern. Es führte aus, in einer Stadt wie Zug müsse die Möglichkeit bestehen, eine Veranstaltung von der von den Beschwerdeführern vorgesehenen Art auf einem geeigneten, mehr oder weniger zentral gelegenen Platz durchzuführen. Der Unterschied zu dem bloss zwei Jahre zuvor gefällten Urteil, in welchem ein Anspruch der Studentenschaft der Universität Zürich, Universitätsräume für eigene Veranstaltung benützen zu dürfen, verneint worden war [57], ist deutlich. Damals hatte das Gericht noch erklärt, aus der Meinungsäusserungs- und der Versammlungsfreiheit lasse sich «kein Anspruch des Bürgers darauf ableiten, dass der Staat zu ihrer Ausübung besondere Einrichtungen schafft oder zur Verfügung stellt» [58]. Selbst wenn man berücksichtigt, dass jener Fall das Verhältnis zwischen einer Anstalt und ihren Benützern betraf, sind die beiden Urteilen miteinander kaum zu vereinbaren. Es scheint, dass das Bundesgericht die subjektiv-defensive Grundrechtsdeutung aufzugeben gewillt ist und sich – wenigstens in Ansätzen – zum status activus bekennt.

[54] BGE *100* Ia 402.
[55] Ibid.
[56] Vgl. vor allem BGE *12* 93, 108ff.
[57] BGE *98* Ia 362.
[58] Ibid., 367.

## 3. Abschnitt: Die schweizerische Lehre und die «Preferred Freedoms»-Doktrin

### *1. Ideelle Grundrechte und Polizeiklausel*

Mit dem Verhältnis der Grundrechte untereinander beschäftigten sich das Bundesgericht und die schweizerische Doktrin lange Zeit kaum. Noch zu Beginn der sechziger Jahre stellte HANS HUBER fest, über die Konkurrenz zweier oder mehrerer Grundrechte miteinander sei in der Schweiz bisher wenig reflektiert worden [59]. Tatsächlich wurde mehr die Antinomie zwischen staatlicher Macht und individueller Freiheit untersucht als die Frage der Wertgleichheit oder -verschiedenheit der einzelnen Grundrechte [60]. Mit dem Bundesgericht nahm die Rechtslehre allgemein an, die Individualrechte seien ohne Unterschied nur in den Schranken der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit garantiert [61], eine Auffassung, die bis in die jüngste Zeit vertreten worden ist [62].

Die Gefährdung der Grundrechte durch die Veränderung der sozialen Ordnung, das Vorbild ausländischer Neuregelungen, insbesondere des Bonner Grundgesetzes, und die vermehrte Beachtung der Grundrechte in internationalen Übereinkommen haben auch bei uns zu einer Rückbesinnung auf Bedeutung und Wert dieser Rechte geführt [63]. In der Folge ist nicht nur die Forderung nach der vorher vernachlässigten verfassungskonformen Auslegung der Gesetze erhoben [64], sondern auch vermehrt gefragt worden, wieweit die Grundrechte durch die allgemeine Polizeiklausel eingeschränkt werden dürfen. Schon früh wurde der Ruf nach einer Konkretisierung und Begrenzung der Klausel in der vorallem in der Zuständigkeit der Kantone liegenden Polizeigesetzgebung erhoben [65] und geltend gemacht, dass die Positivierung der Polizeiklausel die Freiheit des Bürgers nicht einschränke, sondern gegenteils mehre [66]. Dieser ersten Forderung folgte die nach Differenzierung der Grenzen, die der Aus-

[59] HUBER, Grundrechte, 210.

[60] Vgl. etwa den Aufsatz von W. BURCKHARDT, Staatliche Autorität und geistige Freiheit.

[61] F. FLEINER, 74, BURCKHARDT, Kommentar, 130, RUCK, 97f., FAVRE, Evolution, 366a, derselbe, Droit constitutionnel, 252f.; differenzierender FLEINER/GIACOMETTI, 246ff., GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, 172ff.

GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, 172ff.

[62] So hat noch 1961 NEF, 191ff., die Polizeigüter generell den Freiheitsrechten gegenübergestellt, ohne Hinweis auf eine sich aufdrängende differenzierter Betrachtungsweise.

[63] Zur Rolle der Presse in der Massendemokratie: B. LANG, 69.

[64] GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, 179f. Für den Zusammenhang zwischen verfassungskonformer Gesetzesauslegung und Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht vgl. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, 179. Eine Aufzählung von Beispielen fehlender verfassungskonformer Auslegung findet sich bei HUBER, Grundrechte, 190f.

[65] GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, 176f., HUBER, Polizeigewalt, 238.

[66] HUBER, Polizeigewalt, 238

übung der verschiedenen Grundrechte gesetzt sind [67]. Nicht jedes Freiheitsrecht ist seiner Natur nach geeignet, die öffentliche Ordnung überhaupt zu berühren oder in Frage zu stellen, und nicht jedes hat vor ihr in gleichem Masse zurückzutreten; denn nicht nur die durch das Polizeirecht geschützten Güter, sondern auch die durch die Grundrechte gewährleisteten Freiheiten des Bürgers gehören zu den Grundwerten der demokratischen Gesellschaft [68]. Bei Interessenkonflikten muss eine Wertabwägung erfolgen, und ist danach ein polizeilicher Eingriff in ein Grundrecht gerechtfertigt, so muss er verhältnismässig und gegen den Störer gerichtet sein.

Damit stellte sich die Frage, welches die Bedeutung der ideellen Grundrechte sei, und in welchem Umfang, verglichen mit anderen Individualrechten, sie polizeilichen Einschränkungen unterworfen seien. Dass sie eminent wichtig sind, wird im schweizerischen Schrifttum anerkannt; es ist ausgeführt worden, dass sie gerade in der heutigen Zeit an Bedeutung gewinnen als Gegengewicht zur stärkeren sozialen Einbindung des Einzelnen [69], und die Meinungsäusserungsfreiheit im besonderen ist als unerlässliche Voraussetzung jeder wirklichen Demokratie bezeichnet worden, deren Unterbindung durch den Staat die menschliche geistige Existenz als solche kürzt [70].

### *2. Die Forderung nach Anerkennung von «Preferred Freedoms»*

Die Beschäftigung mit diesen Fragen hat bislang jedenfalls zwei Autoren veranlasst, auch in der Schweiz für die ideellen Grundrechte eine bevorzugte Stellung zu fordern. Nicht zufällig handelt es sich um Autoren, die mit der Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court vertraut sind und ihr Postulat zu einem guten Teil mit Hinweisen auf die amerikanische Praxis begründen.

Als erster hat Peter Saladin in seinem Werk «Grundrechte im Wandel», dem umfassenden Überblick über Vergangenheit und Tendenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Grundrechten, den Ruf nach einer «preferred position» der ideellen Grundrechte erhoben. Er hat herb kritisiert, dass das Bundesgericht diesen Freiheitsrechten nicht nur die ihnen zukommende Geltung versagt, sondern mitunter gar erlaubt habe, «dass gerade die Religionsfrei-

[67] Ibid., 233, ferner Huber, Grundrechte, 207, derselbe, Rechtsprechung, 47, Marti, 38, J. A. Bumbacher, 3f., Müller, Persönlichkeitsschutz, 96ff., 198f., Aubert, Traité, Nr. 1757, Grisel, Droit public, 146f.

[68] Müller, Persönlichkeitsschutz, 196f., weist auf die Theorie Dürigs hin, wonach «sich Polizeihandeln und Grundrechtsschutz nicht grundsätzlich antithetisch gegenüberstehen, sondern dass sie – zunächst zum mindesten für gewisse Schutzbereiche - in ihrer Schutzrichtung auch miteinander korrespondieren können».

[69] Müller, Soziale Grundrechte, 812; ebenso Saladin, Grundrechte, 277.

[70] Bäumlin, Rechtsstaatliche Demokratie, 97f., 104; Saladin, Grundrechte, 330, J. Bosshart, 115f.

heit in besonders gravierendem Mass beschränkt wurde» [71]. Das Gericht habe bisher versäumt, die geistigen Freiheiten auf befriedigende Weise von den wirtschaftlichen abzugrenzen [72]. Er hat auf die Notwendigkeit dieser Abgrenzung hingewiesen, postuliert, der Polizeivorbehalt müsse entsprechend der Persönlichkeitsnähe des angerufenen Grundrechts enger oder grosszügiger gehandhabt werden [73], und verlangt, dass den ideellen Grundrechten künftighin «eine intensivere Ausstrahlung, eben eine ‚preferred position' zuzuerkennen» sei [74]. Wenn schon immer weitere Teile der Bevölkerung ihre tatsächliche Unabhängigkeit einbüssten, so müsse um so eher auch von Staates wegen danach getrachtet werden, die geistige Freiheit und Verantwortung möglichst nachdrücklich und in weitestem Umfang zu wahren und zu fördern, begründet er seine berechtigte Forderung [75].

Vier Jahre nach Saladin hat CHARLES-ALBERT MORANT die Forderung wiederholt, allerdings unter veränderten Umständen, hatte doch inzwischen das Bundesgericht im Aleinick-Urteil selber der freien Meinungsäusserung einen besonderen Platz unter den Grundrechten eingeräumt. MORANT hat den Entscheid grundsätzlich begrüsst, jedoch mit Recht bezweifelt, dass das Bundesgericht alle Konsequenzen seiner «kopernikanischen Kehrtwendung» bedacht habe [76]. Er nennt als hauptsächliche Voraussetzungen für die entsprechende Praxis in den Vereinigten Staaten die unterschiedliche Behandlung wirtschaftlicher und geistiger Grundrechte und das Erfordernis eines «clear and present danger» als Voraussetzung für polizeiliche Eingriffe. Diese beiden Voraussetzungen sind seines Erachtens in der Schweiz ebenfalls erfüllt, mit der Einschränkung, dass polizeiliches Einschreiten bei schwerer und gegenwärtiger Gefahr in den Kantonen auch ohne gesetzliche Grundlage als zulässig gelten [77]. Darüber hinaus müssen jedoch noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Meinungsäusserungsfreiheit mit Recht als «preferred freedom» angesprochen werden kann. Einmal ist sie in den Kreis der unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte aufzunehmen, dann ist ihr ein unverletzlicher Wesenskern zuzuerkennen, und schliesslich ist ihre Bedeutung bei der Interessenabwägung gegenüber Polizeigütern vermehrt zu würdigen [78]. Diese Voraussetzungen erfüllt die bundesgerichtliche Rechtsprechung noch nicht, und deshalb ist das Aleinick-Urteil nach Ansicht von MORANT trügerisch: Das

[71] SALADIN, Grundrechte, 329.
[72] Ibid.; die Berechtigung dieser Kritik ist indirekt bestätigt worden durch GRISEL, Juridiction, 223.
[73] SALADIN, Grundrechte, 349.
[74] Ibid., 276f.
[75] Ibid., 277.
[76] MORANT, 48.
[77] Ibid., 49f.
[78] Ibid., 50ff.

Urteil äussert sich nur über die Zulässigkeit individueller Meinungsverbreitung, während der Staat die wirksameren kollektiven Ausdrucksformen immer noch viel zu weitgehend beschränken kann [79].

## 4. Abschnitt: Die Elemente der «Preferred Freedoms»-Doktrin und die schweizerische Rechtsprechung

Selbst wenn das Bundesgericht und die schweizerische Lehre in den letzten zwei Jahrzehnten die Bedeutung der ideellen Grundrechte umfassender zu bearbeiten und vermehrt zu würdigen verstanden haben, bleibt dennoch die Frage offen, ob die Meinungsäusserungsfreiheit und die damit verwandten Grundrechte als «preferred freedoms» im Sinne der Rechtsprechung des Supreme Court verstanden werden können. Es scheint wenig zuverlässig, auf Dikta in einzelnen Entscheiden und auf programmatische Forderungen weniger Autoren abzustellen, um die Frage zu beantworten. Erfolgversprechender scheint es, zu prüfen, wieweit die verschiedenen Elemente der «preferred freedoms»-Doktrin, wie sie vom Supreme Court entwickelt worden sind [80], in die schweizerische Verfassungswirklichkeit Eingang gefunden haben.

### *1. Die Einschränkung der Vermutung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen*

Eine klare und konsequente Unterscheidung zwischen geistigen und wirtschaftlichen Grundrechten, wie sie erstmals Justice Stone in der Carolene Products-Fussnote [81] vorschlug und wie sie in den USA einen festen Bestandteil höchstrichterlicher Rechtsprechung bildet, fehlt in der Verfassungsrechtsprechung des Bundesgerichtes noch. Zwar finden sich mitunter Anhaltspunkte dafür, dass gesetzliche Eingriffe in die Handels- und Gewerbefreiheit und in die Eigentumsgarantie grosszügiger toleriert werden als Einschränkungen der ideellen Grundrechte; das Urteil Griessen mit der Unterscheidung eines engen und eines umfassenden Polizeibegriffs weist in diese Richtung [82]. Solchen differenzierenden Überlegungen stehen indessen apodiktische Äusserungen derselben Kammer aus derselben Zeit gegenüber, wonach sich ein Bürger, der von einer polizeilichen Massnahme betroffen wird, die mit Art. 31 BV vereinbar

[79] Ibid., 57.
[80] Vgl. oben S. 89ff.
[81] 304 U.S. 144, 152f. (1938); oben S. 72f.
[82] BGE *97* I 506: «Il s'impose dorénavant de revenir à une notion plus stricte des mesures de police, qui puisse être appliquée uniformément dans les différents secteurs où elle est utilisée, et de donner une qualification différente aux mesures qui dépassent un but de police, tout en restant dans le cadre des prescriptions réservées par l'art. 31 al. 2 Cst.» Ferner BGE *99* Ia 614ff.

ist, nicht auf die Presse- oder Meinungsäusserungsfreiheit berufen kann, um ihren Rechtswirkungen zu entgehen [83]. Eine Entwicklung in Richtung auf die amerikanische Rechtsprechung hin müsste mit einer Überprüfung des bisher zu allgemein verfochtenen Grundsatzes der Verfassungsmässigkeit jeglicher polizeilicher Eingriffe beginnen. Die bisherige Rechtsprechung lässt eine solche Annahme als bestenfalls spekulativ erscheinen: Wenn das Bundesgericht im eben erwähnten Urteil unter Hinweis gerade auf den Aleinick-Entscheid erklärte, Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit gälten nur soweit, als keine Polizeigüter verletzt würden [84], so beweist es damit, wie wenig es sich mit der grundsätzlichen Bedeutung der damals ausgesprochenen Höherwertigkeit der ideellen Grundrechte befasst hat, und es lässt durchblicken, dass die Vermutung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen, die die ideellen Grundrechte berühren, nicht eingeschränkt ist.

*2. Die Forderung nach präziser Umschreibung gesetzlicher Erlasse*

Solange die Auffassung vorherrscht, die Polizeiklausel, der Verfassungsrang zuerkannt wird, mache eine kantonale Polizeigesetzgebung entbehrlich, dürfte es schwierig sein, die Forderung nach einer präzisen und zurückhaltenden Formulierung von Erlassen, die die geistigen Freiheiten beschränken können, durchzusetzen. Es ist zuzugeben, dass sich ein Fehlen einzelstaatlicher Gesetze, die Beschränkungen der Grundrechte des First Amendment beinhalten, in den USA wegen der grossen Verschiedenheiten unter den States ungünstiger auswirken würde als in der Schweiz; es wäre aber verfehlt, mit diesem Argument auf einen besseren Schutz für diese Rechte auch in der Schweiz verzichten zu wollen. Die Auffassung, wonach die Abwehr ernsthafter, der Staatsgewalt drohender Gefahren «eine selbstverständliche, elementare polizeiliche Aufgabe des Staates» darstellt, «die auch ohne eine das vorsehende Gesetzesbestimmung erfüllt werden muss» [85], ist zu überwinden, denn sie begünstigt verfassungsrechtlich unzulässige Übergriffe der Behörden gegen die Freiheiten des Bürgers. Gewiss muss der Staat die Möglichkeit haben, die freie Meinungsäusserung einzuschränken, wo fundamentale Sicherheits- und Ordnungsinteressen unmittelbar gefährdet werden; er soll aber die Voraussetzungen für solche Eingriffe gesetzlich regeln [86]. Bei allem Verständnis für die an sich wünschbare Eigenständigkeit der Kantone, ihrer Traditionen und ihrer Gesetze müssen die Grundlagen geschaffen werden, damit alle Bürger die bundesrechtlich gewährleisteten

[83] BGE *98* Ia 63.
[84] Ibid.
[85] BGE *60* I 121 f. Vgl. auch noch *92* I 30 f.
[86] Gleicher Ansicht sind Huber, Polizeigewalt, 58, Morant, 50, und Saladin, Grundrechte, 71 f.

Freiheitsrechte, und gerade die ideellen Grundrechte, ungefähr im gleichen Masse ausüben können. Gewähr dafür würde eine der Überprüfung durch das Bundesgericht zugängliche kantonale Polizeigesetzgebung über die Versammlungspolizei und die Kontrolle des Lichtspielswesens in erheblichem Umfang bieten. Die verfassungsgerichtliche Überprüfung der Anwendung der polizeilichen Generalklausel in den Kantonen hat oft nicht die gewünschten Ergebnisse gezeigt; mit Recht ist bemängelt worden, das Bundesgericht habe lange Zeit den Kantonen ein zu grosses Ermessen eingeräumt und zu wenig darauf gedrungen, dass grundlegende Freiheitsrechte nur durch milde, verhältnismässige Eingriffe beschränkt würden [87]. In seiner neueren Rechtsprechung hat das Bundesgericht dieser Kritik weitgehend Rechnung getragen [88]; das Postulat nach gesetzlicher Verankerung solcher einschränkender Massnahmen bleibt bestehen.

*3. Das Verbot präventiver Eingriffe*

Präventive Eingriffe sind äusserst wirkungsvoll und deshalb besonders schwerwiegend. Wie in den USA war auch in der Schweiz eine präventive Überwachung der traditionellen geistigen Freiheiten seit jeher verpönt. Das Verbot einer Vorzensur der Presse wurde, wenn auch nicht in der Bundesverfassung, so doch in manchen Kantonsverfassungen verankert [89]. Im Einklang mit der Doktrin hat das Bundesgericht vor kurzem wiederholt, dass die Herstellung und der Vertrieb von Presseerzeugnissen von keiner Bewilligung abhängig gemacht und keiner Vorzensur unterstellt werden dürfen, und dass das gleiche Verbot gegenüber der Meinungsäusserungsfreiheit sowie der Gründung von Vereinen und der Abhaltung von Vereinsversammlungen gilt [90]. Das Verfassungsgericht hat die genannten Grundrechte ausdrücklich abgegrenzt von anderen, deren Ausübung nach verschiedener Richtung von einer Polizeierlaubnis abhängig gemacht werden darf, etwa die Eigentumsgarantie, die Niederlassungsfreiheit und die Handels- und Gewerbefreiheit [91]. Die ideellen Grundrechte sind somit in dieser Beziehung gegenüber der Staatsgewalt besser geschützt, da sie nicht bereits vor ihrer Ausübung eingeschränkt werden dürfen. Freilich gibt es Ausnahmen von diesem Grundsatz: Filmvorführungen können der – kantonal geregelten – Zensur unterworfen werden [92], und die Durchfüh-

[87] Perret, 38, Huber, Polizeigewalt, 238.

[88] Vgl. BGE *96* I 219, 586, *97* I 893.

[89] So Art. 77 Abs. 3 der Staatsverfassung des Kantons Bern: «Es darf niemals die Zensur oder eine andere vorgreifende Massnahme stattfinden.»

[90] BGE *96* I 229; gleich schon *15* 540. Eine Ausnahme findet sich in BGE *58* I 219.

[91] BGE *96* I 228 f.

[92] BGE *87* I 283, wobei nur geprüft wurde, ob die Zensur vor Art. 31 BV standhalte.

rung von Versammlungen und Demonstrationen auf öffentlichem Grund darf von einer vorgängigen Bewilligung abhängig gemacht werden [93].

In den USA sind die letztgenannten Ausdrucksformen ähnlichen vorausgehenden Kontrollmassnahmen unterworfen. Der Supreme Court hat jedoch insgesamt durch geeignete prozessuale Sicherungsmittel und entsprechende Wertabwägung in wichtigen Fällen den Erfordernissen eines möglichst ungehinderten Meinungsaustausches besser Rechnung zu tragen gewusst [94].

*4. Die Durchsetzung gegenüber den Gliedstaaten*

In den Vereinigten Staaten schützte die Bundesverfassung die Bürger anfänglich nur vor Übergriffen der Bundesbehörden; erst die Einführung des Fourteenth Amendment ermöglichte es, die in der Bill of Rights aufgeführten Grundrechte für die States bindend zu erklären. Der Supreme Court hat von dieser Möglichkeit weitgehenden Gebrauch gemacht und allen voran für die im First Amendment enthaltenen Freiheitsrechte den Schutzbereich erweitert [95].

Das Problem, wie die ideellen Grundrechte umfassender geschützt werden können, stellt sich in der Schweiz mit umgekehrten Vorzeichen. Das Bundesgericht konnte seit jeher nur kantonale Rechtsetzungs- und Rechtsanwendungsakte auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen, nicht aber von der Bundesversammlung erlassene Gesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse. Im Gegensatz zum Supreme Court hat das schweizerische Verfassungsgericht seinen Kontrollbereich nicht erweitern können; Art. 113 BV verbietet nach herrschender Auffassung eine solche Ausdehnung. Immerhin können recht viele behauptete Verletzungen ideeller Grundrechte vom Bundesgericht überprüft werden, da die meisten Eingriffe aufgrund des kantonalen Polizeirechts ergehen, anders als die Einschränkungen der wirtschaftlichen Freiheit, die immer umfassender in Bundesgesetzen vorgesehen sind.

De constitutione ferenda dürfte das Postulat einer bevorzugten Behandlung der geistigen Freiheiten erfüllt werden. Die Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung hat sich in einem Vorentscheid entschlossen, für diese Gruppe von Grundrechten eine umfassende Normenkontrolle zu schaffen, nicht dagegen für die wirtschaftlichen Grundrechte, da die hier zu entscheidenden politischen Fragen in letzter Instanz den Eidgenössischen Räten vorbehalten bleiben müssen [96].

[93] BGE *96* I 229.

[94] So etwa Hague v. CIO, 307 U.S. 496 (1939); Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51 (1965). Vgl. oben S. 97.

[95] Vgl. oben S. 27 ff.

[96] S. Burkhardt, Totalrevision der Bundesverfassung – Konstanten und Reformen, ZSR *93* (1974) II 558 ff., 559.

### *5. Die Ausdehnung des State Action-Begriffs*

In den USA hat die Erweiterung des Begriffs der «state action» dazu gedient, auf einzelstaatlichem Zivil- und Strafrecht fussende Verträge und Verfügungen vermehrt der Normenkontrolle des Bundes zu unterwerfen. Damit konnte eine gewisse, verfassungsrechtlich motivierte Rechtsvereinheitlichung erreicht werden. In der Schweiz stellt sich das Problem in dieser Form nicht, da dem Bund umfassendere Rechtsetzungsbefugnisse übertragen sind; Zivilrecht und Strafrecht sind fast ausschliesslich bundesrechtlich geregelt.

Soweit jedoch die Ausdehnung des «state action»-Begriffs in einem umfassenderen Sinn die Ausrichtung staatlichen Handelns auf den Verfassungsgedanken bezweckt, ist das Postulat auch für unser Land höchst bedeutsam und berechtigt. Gerade die immer zahlreicheren bundesrechtlichen Normen sind der bundesgerichtlichen Überprüfung auf ihre Verfassungsmässigkeit entzogen, und lange Zeit wurde der Einfluss des Grundgesetzes auf die Rechtsordnung gering geachtet[97]. Mit der vermehrten Besinnung auf die «konstitutiv-institutionelle Funktion» der Grundrechte (SALADIN) ist deren Bedeutung heute im Zunehmen begriffen. Die Anerkennung jedenfalls einer indirekten Horizontalwirkung beweist, dass Gesetzgeber und Gerichte bereit sind, sich bei der Ausgestaltung und Anwendung von Erlassen an den Grundrechten zu orientieren.

### *6. Die Erleichterung des Standing to Sue*

Prozessuale Erleichterungen für die Geltendmachung von Verletzungen geistiger Freiheitsrechte sind in der Schweiz nicht festzustellen, jedenfalls nicht für alle diese Rechte. Die in einem frühen Urteil geäusserte Ansicht, an die Beschwerdeführung dürfe in formeller Hinsicht kein allzu strenger Massstab angelegt werden, weil «es sich um die Beschwerde zur Wahrung eines der rein idealen verfassungsmässigen Rechtsgüter» handle[98], hat das Bundesgericht nie mehr wiederholt, und entgegen der älteren Rechtsprechung ist seit geraumer Zeit für Beschwerden wegen Verletzung der Glaubens- und der Kultusfreiheit – wie für Beschwerden wegen Verletzung anderer ideeller Grundrechte – die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges erforderlich[99]. Einer bedeutsamen Einschränkung gar ist die prozessuale Durchsetzung der Vereinsfreiheit unterworfen. Nur die einzelnen Vereinsmitglieder sind befugt, eine Verletzung von Art. 56 BV geltend zu machen, während dem Verein selber kein solches Recht

[97] Vgl. BGE *80* II 26, *70* IV 20.
[98] BGE *38* I 81.
[99] Art. 86 Abs. 2 OG; BGE *67* I 222.

zugestanden wird [100]. Anders verhält es sich mit Kultusvereinen. Sie können sich im eigenen Namen auf die Glaubens- und wohl auch auf die Kultusfreiheit berufen [101]. Eine weitere Zurücksetzung der ideellen Grundrechte ergibt sich aus der Tatsache, dass ausser der Religionsfreiheit keine der zu dieser Gruppe gehörenden Freiheiten zu den unverzichtbaren und unverjährbaren Rechten gezählt wird. Weder die Meinungsäusserungs- noch die Pressefreiheit, die Vereinsfreiheit oder das Versammlungsrecht werden vom Bundesgericht zum Kreis jener Rechte gerechnet, die ebensosehr um der öffentlichen Ordnung willen wie zum Schutze des Einzelnen verfassungsmässig gewährleistet sind [102].

Diese Unterschiede und Ungereimtheiten zeigen, wie wenig sich das Bundesgericht in seiner bisherigen Auseinandersetzung mit den Grundrechten um eine systematische Bewältigung der sich stellenden Fragen bemüht hat; sie beweisen zudem, dass jedenfalls bezüglich des Beschwerderechts eine bevorzugte Stellung der ideellen Grundrechte geradezu verneint wird [103].

*7. Andere prozessuale Garantien zugunsten der ideellen Grundrechte*

Obgleich kaum mehr gesagt werden kann, der Schutz der Religionsfreiheit und der Meinungsäusserungsfreiheit beschränke sich nach der Praxis des Bundesgerichts auf ein blosses Willkürverbot [104], könnte doch umfassender geprüft werden, ob ein geistiges Freiheitsrecht verletzt worden ist. Nach Art. 95 OG kann das Bundesgericht selber die erforderlichen Beweismassnahmen anordnen. Die Zurückhaltung in der Prüfung, die sich das Gericht auferlegt, wo örtliche Verhältnisse eine Rolle spielen, darf die Kognition nicht einschränken, wenn eine Verletzung ideeller Grundrechte in Frage steht. Diese Rechte werden unmittelbar wirksam; sie bedürfen nicht oder nur in geringem Masse der Konkretisierung durch die kantonale Ausführungsgesetzgebung. Deshalb sollte das Bundesgericht umfassend prüfen, ob sie im Einzelfall verletzt sind [105].

Gleich wie der Supreme Court [106] hat das Bundesgericht entschieden, dass da, wo Einschränkungen der freien Meinungsäusserung grundsätzlich in Kauf genommen werden müssen, gegen die polizeiliche Massnahme im Einzelfall die Möglichkeit gegeben sein muss, den Richter anzurufen. Der endgültige Entscheid über die Freigabe eines Films oder über die Durchführung einer

[100] BGE *91* I 121.
[101] Ibid., 120.
[102] BGE *88* I 267. Vgl. die Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung bei CH. LEUENBERGER, Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes, Diss. Bern 1976.
[103] Vgl. die Kritik von SALADIN, Grundrechte, 292, 379f., und von MORANT, 50f.
[104] So noch SALADIN, Grundrechte, 17 und 306.
[105] PERRET, 39.
[106] Vgl. oben S. 97f.

Versammlung auf öffentlichem Grund darf nicht bei einer Verwaltungsbehörde liegen [107]. Anders als in den USA ist aber hierzulande keine Gewähr geboten, dass Prozesse über die Zulässigkeit solcher Beschränkungen in einem beschleunigten Verfahren durchgeführt werden. Während nach der Rechtsprechung des Supreme Court ein Verfahren, in dem festgestellt werden soll, ob ein Film zu Recht verboten wurde, nicht länger als zwei Monate dauern darf, werden bei unseren Gerichten Filmrollen monate-, wenn nicht jahrelang gelagert, bis ein endgültiger Sachentscheid ergeht. Damit wird dem Anspruch auf beförderliche Auskunft über den Schutzumfang der Meinungsäusserungsfreiheit schlecht Rechnung getragen.

## 5. Abschnitt: Die Notwendigkeit von «Preferred Freedoms» in der Schweiz

### *1. Die fehlende Durchsetzbarkeit in den politischen Entscheidungsgremien*

Neben anderen Faktoren hat auch die mangelnde Unterstützung der geistigen Freiheiten durch politisch mächtige Interessengruppen den Supreme Court bewogen, sich dieser Grundrechte ganz besonders anzunehmen. Die Voraussetzungen für ein gleiches Engagement der Gerichte sind in der Schweiz ebenfalls erfüllt, drehen sich doch die politischen Auseinandersetzungen fast ausschliesslich um wirtschaftliche und soziale Fragen. Bezeichnend dafür, wie die politischen Gewichte verteilt sind, ist der Fortgang der Arbeiten zur Revision von Art. 55 BV. Solange nur die Verbesserung des Schutzes der Pressefreiheit angestrebt wurde [108], fand das Projekt keine Unterstützung, auch nicht bei seinen Initianten, und schlummerte jahrelang in der Schublade der unerledigten Vorstösse. Heute nun werden eilig neue Reformvorschläge eingebracht, aber nicht, um die Medienschaffenden umfassender zu schützen, sondern einzig, weil die zunehmende wirtschaftliche Konzentration, insbesondere die steigenden Kosten im Druckereigewerbe, die Existenz eines guten Teils der Meinungspresse einer grossen Partei bedrohen – ironischerweise derjenigen Partei, die vor vierzig Jahren die Verfassungsinitiative eingereicht hatte [109]. Dass sich die bedeutenden politischen Gruppierungen nicht für eine Erweiterung der Ver-

[107] BGE *62* I 225. Vgl. heute Art. 13 EMRK.

[108] Die Texte der Verfassungsinitiative der Sozialdemokratischen Partei der Schweiz aus dem Jahre 1935 und des Entwurfs des Bundesrates an die Eidgenössischen Räte von 1951 finden sich bei SALADIN, Grundrechte, 40 f.

[109] Ähnliches gilt für den – nunmehr verworfenen – Verfassungsartikel über Radio und Fernsehen (Art. 36quater BV); erst die Furcht vor der Einführung des Kabelfernsehens und den damit verbundenen Reklamemöglichkeiten hat den Gesetzgeber veranlasst, die Arbeiten voranzutreiben.

sammlungsfreiheit dissidenter, extremistischer Gruppen einsetzen – ihre eigenen Veranstaltungen stehen ja durchaus im Einklang mit der öffentlichen Ordnung – und dass niemand lautstark für vermehrte Rechte der religiösen Sekten eintritt, leuchtet ein. Um so mehr sollten sich die Gerichte der Anliegen dieser Kreise annehmen, insbesondere das Bundesgericht, soweit es dazu in der Lage ist. Es hat aber bisher wenig Bereitschaft gezeigt, diese Rolle zu übernehmen.

*2. Die Empfindsamkeit für die Bedürfnisse des freien Meinungsaustausches*

Die besondere Rücksichtnahme auf die Anliegen der ideellen Grundrechte bildet die wichtigste Voraussetzung für die Anwendung der verschiedenen Elemente der «preferred freedoms»-Doktrin; gleichzeitig ist sie Summe und Quintessenz dieser Elemente. Sie prägt die Haltung, die den geistigen Grundrechten grössere, grundlegendere Bedeutung beimisst als den wirtschaftlichen Freiheitsrechten und den Sozialrechten, soweit diese anerkannt werden [110]. Von dieser Haltung, die die Rechtsprechung des Supreme Court von 1940–1950 kennzeichnete und noch heute in der amerikanischen Verfassungsrechtsprechung durchschimmert, war beim Bundesgericht bis vor wenigen Jahren kein Ansatz zu entdecken. Auch heute kann noch nicht mit Fug behauptet werden, die ideellen Grundrechte genössen im Vergleich zu den andern Freiheitsrechten einen verstärkten Schutz. Zuwenig beachtet das Bundesgericht noch, dass die verschiedenen geistigen Freiheiten insgesamt ein System zur Verbreitung von Gedanken und Eindrücken in Wort, Bild und Ton darstellen, zu sehr wird das im konkreten Fall in Frage stehende Grundrecht als isolierte Einzelfreiheit betrachtet, selbst wenn mitunter ihre institutionelle Bedeutung erwähnt wird. Zudem wird etwa die Tendenz fühlbar, von der Volksmehrheit abgelehnte Auffassungen nicht noch verfassungsgerichtlich zu fördern [111].

Indessen sind Anzeichen für einen allmählichen Gesinnungswandel deutlich sichtbar. Im Anschluss an das Aleinick-Urteil äusserte ein hervorragendes Mitglied der staatsrechtlichen Abteilung die Ansicht, das Gericht habe implizit die Privilegierung der ideellen gegenüber den wirtschaftlichen Grundrechten in die Wege geleitet [112]. Rückschläge in einen undifferenzierenden Grundrechtsegalitarismus haben diese Aussage in Frage gestellt [113], aber das kürzliche Strassentheater-Urteil [114] darf als ein Zeichen dafür gewertet werden, dass sich

[110] Vgl. dazu die Referate von E. Grisel und J. P. Müller am Schweizerischen Juristentag 1973; ZSR *92* II 1 und 687.
[111] So BGE *99* IV 92.
[112] A. Grisel, Juridiction, 223.
[113] BGE *98* Ia 63, 367.
[114] BGE *100* Ia 392.

das Gericht vom defensiven Grundrechtsverständnis losgesagt und erkannt hat, dass der Staat die geistige Freiheit des Bürgers, wie sie in den ideellen Grundrechten gewährleistet ist, nicht nur dulden, sondern fördern muss, um sie zu bewahren. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht den eingeschlagenen Weg weiterverfolgt und die Gelegenheit ergreift, die Unterschiede zwischen den verschiedenen Grundrechtskategorien zu verdeutlichen.

# 5. Kapitel: Einzelfragen: Freie Meinungsäusserung und konkurrierende Werte in der Verfassungsrechtsprechung der USA und der Schweiz

## Vorbemerkung

Ist bisher ausgeführt worden, welche Werte die Grundrechte des First Amendment schützen, wie sich die Rechtsprechung des Supreme Court zu diesen Grundrechten entwickelt hat, was unter der «preferred freedoms»-Doktrin zu verstehen ist, welches ihre Elemente sind und wieweit die in der amerikanischen Praxis entwickelten Grundsätze auf die schweizerischen Verhältnisse übertragen worden sind, so ist dieses letzte Kapitel dem direkten Vergleich der Rechtsprechung der beiden Länder gewidmet. Anhand einiger ausgewählter, aktueller Beispiele soll untersucht werden, wieweit die obersten Verfassungsgerichte bereit sind, die ideellen Grundrechte zu verteidigen, wenn diese mit anderen - staatlichen oder privaten – Interessen so zusammenprallen, dass der eine verfassungsmässig anerkannte Wert vor dem andern zurücktreten muss. Dieser Vergleich ist geeignet zu erhellen, welche Achtung die umfassend verstandene Meinungsäusserungsfreiheit tatsächlich geniesst, ungeachtet jeglicher theoretischer Umschreibung der gewählten Lösung.

## 1. Abschnitt: Freie Meinungsäusserung und Eigentumsgarantie

### *1. Demonstrationen auf öffentlichen Strassen*

Mit der Zulässigkeit von Demonstrationen auf öffentlichem Boden und polizeilich gebotener Einschränkungen haben sich die Verfassungsgerichte der USA und der Schweiz häufig befasst [1], und in jüngster Zeit haben sich auch mehrere Autoren mit den sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen auseinandergesetzt. So hat das Heidelberger Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht im Jahre 1970 eine rechtsvergleichende Studie über «Demonstration und Strassenverkehr» veröffentlicht, in der unter anderem die Verhältnisse in den USA und der Schweiz untersucht

[1] Vgl. beispielsweise für die amerikanische Rechtsprechung Davis v. Massachusetts, 167 U. S. 43 (1897), Hague v. CIO, 307 U. S. 496 (1939), Cox v. Louisiana, 379 U. S. 559 (1965), Shuttlesworth v. City of Birmingham, 394 U. S. 147 (1969); für die schweizerische Praxis BGE *261* I 35, *91* I 321, *96* I 219, *100* Ia 392.

worden sind [2]. Von schweizerischer Seite sind hervorzuheben die Übersicht von René Rhinow über die bundesgerichtliche Praxis zur Demonstrationsfreiheit [3] und insbesondere die umfassende Arbeit von Jürg Bosshart über «Demonstrationen auf öffentlichem Grund» [4]. Eine eingehende Behandlung in dieser Arbeit erübrigt sich deshalb; einige ergänzende Bemerkungen genügen.

Zum amerikanischen Recht ist zu bemerken, dass die Verfasser der Heidelberger Studie die Bedeutung des Hague-Urteils [5] unterschätzen, in welchem festgehalten wird, dass Strassen und Plätze «have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and public places has, from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens» [6]. Dieser Grundsatz ist seither nicht mehr aufgegeben worden. Die Benützung geeigneten öffentlichen Bodens für Manifestationen, die durch die Rede- und Versammlungsfreiheit oder das Petitionsrecht geschützt sind, kann nicht verwehrt werden [7]. Wo dieser Grundsatz in späteren Urteilen differenziert wurde, bewegten sich die Einschränkungen stets innerhalb des in Hague vorgezeichneten Rahmens:

«The privilege of a citizen of the United States to use the streets and parks for communication of views on national questions may be regulated in the interest of all; it is not absolute, but relative, and must be exercised in subordination to the general comfort and convenience, and in consonance with peace and good order; but it must not, in the guise of regulation, be abridged or denied [8].»

Auf alle Fälle hat das Urteil Davis v. Massachusetts [9] keine Bedeutung mehr, in dem die Frage zum erstenmal geprüft und entschieden worden war, dass die Stadt Boston wie ein privater Grundeigentümer frei bestimmen könne, ob sie die in ihrem Eigentum stehenden öffentlichen Strassen und Plätze für Veranstaltungen zur Verfügung stellen wolle.

Bezüglich der schweizerischen Rechtsprechung ist bloss nachzutragen, dass - wie erwähnt - das Bundesgericht in seinem Strassentheater-Urteil [10] eine

[2] Der Beitrag über die amerikanische Rechtsprechung stammt von John D. Gorby und Georg Ress, derjenige über die schweizerischen Verhältnisse von Konrad Buschbeck.

[3] ZBl *72* (1971) 33 ff., 57 ff.

[4] Diss. Zürich 1973.

[5] 307 U.S. 496.

[6] Ibid., 515.

[7] Demonstration und Strassenverkehr, 181 f.

[8] 307 U.S. 515 f. Einschränkungen des Grundsatzes finden sich beispielsweise in Cox v. Louisiana, 379 U.S. 536 (1965), Adderley v. Florida, 385 U.S. 48 (1966), Walker v. City of Birmingham, 388 U.S. 307 (1967).

[9] 167 U.S. 43 (1897). Darin hatte der Court ausgeführt: «For the legislature absolutely or conditionally to forbid public speaking in a highway or public park is no more an infringement of the rights of a member of the public than for the owner of a private house to forbid it in his house.» Ibid., 47 f.

[10] BGE *100* Ia 392.

selbständige Demonstrationsfreiheit zwar verneint, die Zulässigkeit von Manifestationen jedoch unter dem Gesichtspunkt der Meinungsäusserungs- und der Versammlungsfreiheit geprüft hat [11].

*2. Veranstaltungen auf privatem Grund und Boden*

a) Die schweizerische Rechtsprechung

Bis anhin ist den Wertungsproblemen wenig Beachtung geschenkt worden, die sich stellen, wenn eine einzelne Person oder – häufiger – eine Gruppe von Personen eine für die Öffentlichkeit bestimmte Kundgebung auf dem Grundstück eines Privaten durchführen will, der mit dem geplanten Verwendungszweck nicht einverstanden ist. Die Lösung des Interessenkonfliktes scheint für den schweizerischen Verfassungsrichter klar: Kein Grundeigentümer muss dulden, dass sein der Öffentlichkeit nicht gewidmeter Grund und Boden in der angegebenen Weise von andern benützt wird. Es versteht sich von selbst, «que le propriétaire civil peut, en vertu de son droit de propriété, s'opposer à ce qu'une réunion ait lieu sur son terrain sans son consentement» [12]. Die schweizerische Rechtsprechung unterscheidet lediglich zwischen privatem Eigentum, auf dem Kundgebungen Dritter zur Verbreitung ihrer Ansichten ohne Einverständnis des Grundeigentümers nicht geduldet, sondern strafrechtlich verfolgt werden [13], und ausdrücklich oder stillschweigend [14] der Öffentlichkeit gewidmetem Boden. Hier dürfen Demonstrationsversammlungen und -umzüge als gesteigerter Gemeingebrauch von einer vorgängigen Bewilligung abhängig gemacht werden [15], während Meinungskundgaben einzelner Personen, die den Verkehr nicht behindern, unbeschränkt und ohne Bewilligung zuzulassen sind [16].

b) Die amerikanische Praxis

Die Rechtsprechung des Supreme Court stellt sich differenzierter dar. Zwar gilt in den USA ebenfalls der Grundsatz, dass niemand das Eigentum eines Dritten ohne dessen Einwilligung für die Veranstaltung von Kundgebungen mit

[11] So auch BOSSHART, 58.

[12] BGE *97* I 914. In einer deutlich an das in Anm. 9 erwähnte Urteil Davis v. Massachusetts fährt das Bundesgericht fort: «Si donc la plaine de Plainpalais était vraiment une pure propriété privée de la Ville de Genève, le Conseil administratif aurait pu, a nom de la commune propriétaire, interdire purement et simplement que la manifestation prévue se déroule sur ce terrain, sans qu'on ait à se demander si un tel refus était compatible ou non avec la liberté de réunion, laquelle ne comprend en tout cas pas le droit de s'assembler sur le fonds d'autrui.» Ibid.; vgl. ferner die Kritik von MORANT, 53.

[13] BGE *97* I 914. Vgl. die noch hängigen Auseinandersetzungen über die Besetzung des Kernkraftwerks Kaiseraugst, die mit Notstand begründet wird.

[14] So die Annahme des Bundesgerichtes für das Plainpalais-Areal, BGE *97* I 915.

[15] BGE *96* I 225, *95* I 249.

[16] BGE *96* I 592f.

Appellwirkung benützen darf, und dass der betroffene Grundeigentümer bei Widerhandlungen die «trespass laws» anrufen kann [17]. Der Court hat aber in einigen bedeutsamen Urteilen die Grundrechte des First Amendment über das Interesse an der unbeschränkten Ausübung der Eigentumsrechte gestellt.

Der erste in diese Richtung weisende Entscheid, Marsh v. Alabama [18], erging zu einer Zeit, da die «preferred freedoms»-Doktrin die Rechtsprechung des Supreme Court prägte. Im gänzlich der Gulf Shipbuilding Corporation gehörenden Städtchen Chickasaw im Bundesstaat Alabama hatte die von der Gesellschaft eingesetzte Stadtverwaltung bestimmt, dass niemand ohne Bewilligung auf den Strassen der Stadt Bücher oder Zeitschriften feilbieten dürfe. Eine Angehörige der Zeugen Jehovahs, die entgegen dem Verbot Traktate religiösen Inhalts verteilt hatte und dafür gebüsst worden war, gelangte an den Supreme Court. Eine knappe Mehrheit bestätigte ihre Auffassung, wonach die Gesellschaft nicht aufgrund ihrer Eigentümerstellung befugt sei, in die geistigen Freiheiten der Stadtbewohner einzugreifen. In Worten, die für die Haltung der liberalen Richter des damaligen Court bezeichnend sind, führte Justice Black aus, weshalb den Einwohnern einer «company-owned town» dieselben Freiheiten gewährt werden müssten wie anderswo lebenden Bürgern:

«When we balance the Constitutional rights of owners of property against those of the people to enjoy freedom of press and religion, as we must here, we remain mindful that the latter occupy a preferred position [19].»

Black hielt dafür, dass die Tatsache der privaten Trägerschaft einer Wohnsiedlung, die im übrigen alle Merkmale einer öffentlichen Gemeinde aufweise, bezüglich der Ausübung der Grundrechte durch die Einwohner keinen Unterschied machen dürfe:

«Whether a corporation or a municipality owns or possesses the town the public in either case has an identical interest in the functioning of the community in such a manner that the channels of communication remain free [20, 21].»

Die in Marsh aufgestellten Prinzipien fanden zwanzig Jahre später, im Urteil Amalgamated Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc. [22], ihre Bestätigung und Erweiterung. In Marsh hatte Justice Black eine in privatem Eigentum stehende kleine Stadt mit Wohn- und Geschäftsbezirken, mit eigenem Post-

[17] EMERSON, System, 307.
[18] 326 U.S. 501 (1946).
[19] Ibid., 509.
[20] Ibid., 507.
[21] Am gleichen Tag entschied der Court in Tucker v. Texas, 326 U.S. 517 (1946), die in Marsh entwickelten Grundsätze seien auch auf im Eigentum der Bundesregierung stehende Orte anzuwenden. Gleich noch Flower v. United States, 407 U.S. 197 (1972), per curiam.
[22] 391 U.S. 308 (1968).

büro, eigener Kehrichtbeseitigungsanlage und eigenem Polizisten – kurz, eine Siedlung mit allen wesentlichen Attributen eines Gemeinwesens – einer normalen, öffentlich-rechtlich verwalteten Stadt gleichgesetzt und deshalb die Stadtbehörden zu gleicher Beachtung der Grundrechte verpflichtet. Logan Valley Plaza betraf nun keine Stadt, sondern bloss ein grosses privates Einkaufszentrum, und zu entscheiden war, ob gegen den Willen des Grundeigentümers Streikposten vor einem Geschäft aufgestellt werden dürften. Der Supreme Court bejahte die Frage und entschied, das Einkaufszentrum sei seiner Zweckbestimmung und seiner Bedeutung entsprechend dem Geschäftsviertel von Chickasaw gleichzusetzen. Deshalb müssten auch da zumindest solche Manifestationen gestattet werden, die mit den auf dem Areal betriebenen Tätigkeiten in Zusammenhang stünden, auf dem Gelände eines Einkaufszentrums also Kundgebungen von Konsumentenorganisationen, Gewerkschaften oder benachteiligten Minderheiten. Eine andere Lösung, erklärte Justice Marshall im Namen der Mehrheit, würde es den Geschäftsinhabern gestatten, sich unter Berufung auf die Eigentumsgarantie vor berechtigter, wirksamer Kritik zu schützen, während andere Kaufleute eine solche Möglichkeit nicht besässen [23]. Dadurch, dass er Einkaufszentren funktionell einer Stadt gleichsetzte, vor allem wegen ihrer sozialen Funktion als faktische Gemeinschaftszentren, erweiterte der Supreme Court den Schutzbereich der freien Meinungsäusserung zulasten der Eigentumsgarantie beträchtlich [24].

Das Urteil weckte Hoffnungen auf eine noch umfassendere Berücksichtigung der auf das First Amendment gestützten Interessen gegenüber den Rechten privater Grundeigentümer, und zwar überall dort, wo privates Eigentum als öffentlicher Durchgang oder Sammelplatz dient [25]. Die Ernennung konservativer Richter durch Präsident Nixon hat jedoch den Supreme Court auch auf diesem Gebiet zu einer Abkehr von liberalen Grundsätzen und zu einer vermehrten Berücksichtigung der traditionelleren Eigentumswerte geführt, gegen den zwar erbitterten, aber doch resignierenden Widerstand der Minderheit [26].

[23] «Business enterprises located in downtown areas would be subject to on-the-spot public criticism for their practices, but businesses situated in the suburbs could largely immunize themselves from similar criticism by creating a ‚cordon sanitaire' of parking lots around their stores. Neither precedent nor policy compels a result so at variance with the goal of free expression and communication that is the heart of the First Amendment.» 391 U.S. 324f.

[24] Ähnlich hatte bereits ein erstinstanzliches Bundesgericht in New York 1960 und 1964 in Arbeitsstreitigkeiten entschieden, die sich um ein im Central Park gelegenes, privat geführtes Restaurant bzw. um die New Yorker Weltausstellung gedreht hatten. Zitate bei Emerson, System, 309f.; vgl. ferner NLRB v. Babcock, 351 U.S. 105 (1956).

[25] Emerson, System, 309. Auch Morant, 53, zog aus dem Logan Valley Plaza-Urteil sehr weitgehende Schlüsse.

[26] Justice Marshall, unterstützt von den Justices Douglas, Brennan und Stewart, klagte vorallem Justice White des Gesinnungswandels seit dem Logan Valley Plaza-Urteil an und fuhr dann fort,

Im Urteil Lloyd Corp. v. Tanner entschied der Court, dass niemand das Recht habe, innerhalb der Gemarkungen eines privaten Einkaufszentrums Flugblätter zu verteilen, deren Inhalt sich nicht direkt auf Probleme oder Konflikte um das Zentrum selber beziehe. In diesem Umstand sah Justice Powell, der das Urteil verfasste, den einen wesentlichen Unterschied zu Logan Valley Plaza; den andern darin, dass in jenem Fall die Arbeitnehmer ihre Streikbotschaft sinnvoll nur unmittelbar vor dem bestreikten Geschäft hätten kundtun können, dass aber im vorliegenden Fall die in Frage stehenden Personen, die sich in allgemeiner Weise an die Öffentlichkeit richteten, ihre Flugblätter hätten anderswo verteilen können[27]. Schien dieses Urteil die Benützung fremden Eigentums zur Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche zu gestatten, so schränkte der gleichentags ergangene Entscheid Central Hardware Co. v. NLRB[28] auch diese Möglichkeit ein. Zumindest bei kleineren Geschäften, entschied der Court, dürften sich Streikposten nicht auf deren privaten Kundenparkplätzen aufhalten, wenn sie ihre Botschaft mit gleicher Wirkung auf dem öffentlichen Gehsteig verbreiten könnten. Der «state action»-Begriff dürfe nicht strapaziert werden, warnte Justice Powell:

«Before an owner of private property can be subjected to the commands of the First and Fourteenth Amendments the privately owned property must assume to some significant degree the functional attributes of public property devoted to public use[29, 30].»

Diese Urteilsbegründungen machen deutlich, dass Marsh zwei Deutungen zulässt. Die eine Deutung, die, wenn nicht der Absicht von Justice Black[31], so doch der von Douglas, Murphy und Rutledge entsprach und in Logan Valley Plaza von Justice Marshall übernommen wurde, spricht den ideellen Grundrechten den Vorrang vor privaten Eigentumsinteressen zu, wo diese Interessen berechtigter Meinungskundgabe entgegenstehen. Die im privaten Eigentum stehende Stätte muss bloss der Öffentlichkeit allgemein zugänglich sein. Die andere Auffassung geht aus von der Unverletzlichkeit privaten Eigentums durch andere Grundrechtsträger. Eine Ausnahme zugunsten der Ausübung ideeller Grundrechte wird nur zugelassen, wo Eigentum nicht mehr als privat zu erkennen ist, sondern nach seinem Zweck der öffentlichen Benützung gewidmet erscheint, und wo keine andere Möglichkeit besteht, eine Kundgebung mit gleicher Wirkung durchzuführen. Diese zweite Auffassung schränkt die Mög-

jenes Urteil sei mit 6:3 Stimmen deutlich entschieden worden: «But, I am aware that the composition of this Court has drastically changed in four years.» 407 U.S. 584.

[27] 407 U.S. 551 (1972), 564, 566f.

[28] 407 U.S. 537 (1972).

[29] 407 U.S. 547.

[30] Für eine ausführliche Kritik der beiden Urteile vgl. *86* Harvard Law Review (1972) 122ff.

[31] Black befand sich, einigermassen überraschend, im Logan Valley Plaza-Urteil bei der Minderheit, ein Zeichen dafür, wie sich seine Ansichten im Laufe der Jahre änderten. Im Gegensatz dazu hat sich Justice Douglas auch noch in jüngster Zeit zu der PF-Doktrin bekannt.

lichkeiten des freien Gedankenaustausches wesentlich ein; sie entspricht weitgehend der vom Bundesgericht im Fall Arnet eingenommenen Haltung [32].

## 2. Abschnitt: Freie Meinungsäusserung und staatliche Rechtspflege: Kein Recht des Journalisten, seine Informationsquellen geheimzuhalten

Sozusagen am gleichen Tag beurteilten die obersten Verfassungsgerichte der beiden Staaten die Frage, ob ein Journalist, der in einem Strafverfahren als Zeuge vorgeladen wird, befugt ist, die Bekanntgabe seiner Informationsquellen zu verweigern. Beide Gerichte verneinten die Frage. Das Schweizerische Bundesgericht entschied [33], dem allgemeinen Recht auf freie Meinungsäusserung könne kein Privileg für Medienschaffende entnommen werden, ihre Auskunftspersonen geheimzuhalten. Die Frage müsse vielmehr vom kantonalen oder eidgenössischen Gesetzgeber konkret beantwortet werden [34]. Auch der Supreme Court wertete [35], wenngleich nur mit knapper Mehrheit, die staatlichen Interessen an der Durchsetzung des Rechts, insbesondere der Staatsgewalt, höher als den verfassungsrechtlich geschützten Anspruch des Journalisten, Nachrichten zu sammeln und dabei seine Informanten vor staatlicher Verfolgung zu schützen [36, 37]. Der Court legte Gewicht auf die Feststellung, dass ein solches Privileg nie anerkannt gewesen sei und dass ein «chilling effect», d. h. eine abschreckende Wirkung auf mögliche Informanten, kaum zu befürchten sei. Immerhin dürfe ein Journalist die Auskunft verweigern, wenn offensichtlich sei, dass eine Untersuchung nur geführt werde, um die Verbindung zwischen ihm und seiner Quelle zu unterbrechen, oder um die Presse allgemein zu schikanieren [38].

Trotz dieser Urteile bestehen weitverbreitete Zweifel, ob nicht ein solcher Zwang Vertrauenspersonen von Medienschaffenden abhalten könnte, weiterhin Informationen zu liefern, was sich in einem verminderten Nachrichtenfluss

[32] BGE *97* I 911.
[33] BGE *98* I 418.
[34] Ibid., 422.
[35] Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972).
[36] Das Urteil betraf einen Reporter des Louisville Courier-Journal, der aus eigener Wahrnehmung über Drogenherstellung und -konsum berichtet hatte.
[37] Eine Minderheit von drei Richter (Justices Brennan, Stewart, Marshall) kam zur entgegengesetzten Wertung: Die Preisgabe von Informationsquellen könne nur ausnahmsweise erzwungen werden, nämlich wenn a) genügend erstellt sei, dass der Journalist über Informationen verfüge, die eine Rechtsverletzung zum Gegenstand hätten, wenn b) den Untersuchungsbehörden keine Möglichkeit offen stehe, die Auskunft auf anderem Weg zu erhalten, und wenn c) der Staat ein höherwertiges Interesse nachweisen könne, die Information zu erhalten. Justice Douglas wiederholte seine Auffassung, dass der durch das First Amendment gewährte Schutz und damit auch der Anspruch des Journalisten, seine Quellen geheimzuhalten, absolut sei.
[38] 408 U.S. 707 f.

und einer unkritischeren Berichterstattung niederschlagen müsste [39]. Zudem wird befürchtet, die Erzwingung von Auskünften könnte das Berufsethos des Journalisten aufs Schwerste beeinträchtigen [40]. Diesen nicht von der Hand zu weisenden Argumenten haben einige amerikanische Bundesstaaten durch Erlass entsprechender Schutzvorschriften Rechnung getragen [41], und der Eidgenössische Gesetzgeber hat in Art. 16 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [42] eine richtungweisende Musterlösung geschaffen, die einen ausgewogenen Ausgleich vorsieht zwischen den staatlichen Sicherheitsinteressen und den privaten Ansprüchen der Medienschaffenden, ihre Quellen nicht preisgeben zu müssen, hinter denen das gleichfalls öffentliche Interesse an der Bewahrung einer informierten und bei aller Sachlichkeit kritischen Presse steht.

Der Gegensatz zwischen dem Recht auf Information und Beschaffung der Information und der Pflicht staatlicher Organe, der Öffentlichkeit gewisse Tatsachen vorzuenthalten, ist nicht leicht zu überbrücken. Indessen könnte der Staat viele berechtigte Informationsbedürfnisse, die heute noch auf Schleichwegen befriedigt werden, selber erfüllen und damit mancher Spekulation die Spitze brechen, wenn er sich zu einer grosszügigeren Öffentlichkeitsarbeit entschlösse. Zuviele Dokumente liegen in zuvielen Amtsstellen zu lange unter Verschluss [43].

[39] Harvard Law Review *86* (1972) 138, 146 f. und dort angegebene Literatur, namentlich V. Blasi, Subpoenas: An Empirical and Legal Analysis, 1971, ferner Freedom of the Press, Hearing before the Subcommittee on Constitutional Rights of the Committee of the Judiciary, United States Senate, Washington 1972, insbesondere 669 ff.

[40] M. Nef, Pressefreiheit und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, ZStrR *85* (1969) 113 ff., 128; gleicher Ansicht P. Corday, Le secret professionnel du journaliste, ibid., 139 ff., a. M. W. Gut, Pressefreiheit und Zeugnisverweigerungsrecht der Presseleute im Strafprozess, ibid., 160 ff.

[41] Mindestens 17 States haben jedenfalls zeitweise gewisse Zeugenprivilegien für Journalisten gekannt, 408 U. S. 689, Anm. 27.

[42] «Handelt es sich nicht um die Abklärung des Sachverhaltes in einem Verfahren auf dem Gebiete der inneren oder äusseren Sicherheit des Landes, so können folgende an der Veröffentlichung von Informationen beteiligte Personen das Zeugnis über Inhalt und Quelle ihrer Information verweigern:

a) Redaktoren, Mitarbeiter, Verleger und Drucker periodischer Druckschriften sowie ihre Hilfspersonen;

b) Redaktoren, Mitarbeiter und Programmverantwortliche von Radio und Fernsehen sowie ihre Hilfspersonen.»

[43] Vgl. die Kritik von Henkin, Pentagon Papers, 271 ff., Kalven, Nation at War, 3 ff., Harvard Law Review *85* (1971), Notes: The National Security Interest and Civil Liberties, 1130 ff., insbesondere 1202 f.

## 3. Abschnitt: Freie Meinungsäusserung und staatliche Sicherheit: Kritik in der Armee, Kritik der Armee

### *1. Allgemeines*

Grundsätzlich wird nicht bestritten, dass im militärischen Sektor eines Staates die freie Meinungsäusserung nur beschränkt ausgeübt werden kann. Es gilt, einen Ausgleich zu finden zwischen der Notwendigkeit des «physical survival» und dem Bedürfnis nach dem «spiritual survival» [44]. Jener gebührt der Vorrang bei der Planung und Durchführung militärischer Operationen [45]; ferner sind die in militärischer oder ziviler Funktion in der Armeehierarchie tätigen Personen in der Ausübung ihrer Grundrechte teilweise eingeschränkt, wenngleich dem Wehrmann und dem Beamten in den letzten Jahren vermehrte Rechte zugestanden worden sind oder in naher Zukunft zugestanden werden dürften [46]. Anderseits ist anerkannt, dass gewisse militärische Probleme als politische Fragen diskutiert werden müssen und dass im Rahmen solcher Diskussionen ein Recht auf Kritik einzuräumen ist. Zu diesen Problemen sind zu zählen personelle Fragen, Fragen nach der Tragbarkeit des finanziellen Aufwandes für die Armee, der Notwendigkeit, im konkreten Fall einen Krieg zu führen, und der Berechtigung der Armee überhaupt [47]. Wieweit in einem Staat derartige Diskussionen tatsächlich zugelassen und Kritiker zur Rechenschaft gezogen werden, vermittelt gültige Anhaltspunkte über den Stellenwert, der dem System der freien Meinungsäusserung zugestanden wird.

### *2. Der Umfang des Kritikrechts in den USA*

In den USA nahm die Rechtsprechung zum First Amendment am Ende des Ersten Weltkrieges mit Fällen Gestalt an, die Verurteilungen von Kritikern des amerikanischen Wehrwesens im allgemeinen und das Eingreifen des Landes in den Krieg im besonderen betrafen. Der Supreme Court zeigte wenig Verständnis für die Argumente der Angeschuldigten, die zumeist zu den Anhängern des Deutschen Reiches gehörten. Er bestätigte harte Strafen auch in Fällen, in denen die beanstandeten Äusserungen oder Publikationen jedenfalls nach heutigen Massstäben nicht im entferntesten als staatsgefährdend bezeichnet

[44] E. Warren, 109, Kalven, Nation at War, 35.

[45] Emerson, System, 57, Warren, 91.

[46] Saladin, Grundrechte, 325f., G. Jakob, Die rechtsstaatliche Stellung des schweizerischen Wehrmannes, ZBl 75 (1974) 12ff.; D. Vagts, 190, Warren, 98.

[47] Chafee, Free Speech, IXf., Emerson, System, 57f., Kalven, Nation at War, 35; zurückhaltender J. P. Hall, 533ff. Nach Jefferson sollte in Kriegszeiten ein Diktator unbeschränkte Macht haben, die Grundrechte ausser Kraft zu setzen: L. Levy, Jefferson, 18.

werden konnten [48]. Demgegenüber wurde während des Zweiten Weltkrieges die Möglichkeit, Armee und Krieg zu kritisieren, kaum eingeschränkt, offensichtlich wegen des Einflusses der «preferred freedoms»-Doktrin, die vom liberalen Supreme Court vertreten wurde [49]. Zur Zeit des Koreakrieges war das Klima für armeefeindliche Äusserungen nicht günstig; wer die Anstrengungen der Streitkräfte im Fernen Osten kritisch würdigte lief Gefahr, als Kommunist verhaftet zu werden oder zumindest seine Stelle zu verlieren [50]. Während des Vietnamkrieges schliesslich war das grundsätzliche Recht, einen Krieg abzulehnen und zu kritisieren, nicht mehr bestritten. Die Auseinandersetzungen drehten sich nunmehr darum, in welcher Form solche Kritiken geäussert werden dürften, insbesondere, welche symbolischen Ausdrucksformen zulässig seien. Das Tragen einer schwarzen Armbinde durch Schulkinder zum Zeichen des Protestes gegen den Vietnamkrieg [51] wurde ebenso als verfassungsmässig geschützt angesehen wie die Durchführung eines Strassentheaters vor einer Kaserne, in dem die Erschiessung einer schwangeren Vietnamesin durch einen amerikanischen Soldaten dargestellt wurde [52]. In diesem Zusammenhang wurde das Recht des Schauspielers, auch des Laiendarstellers, bestätigt, bei einer Theateraufführung selbst dann eine Uniform zu tragen, wenn das Stück negative Aussagen über die Armee enthält [53]. Ferner entschied der Court, einem vom Volk gewählten Abgeordneten dürfe nicht wegen seiner Stellungnahme gegen den Vietnamkrieg die Eidesleistung und der Sitz im Parlament verwehrt werden [54]. Kein Verständnis hatte das Gericht demgegenüber für einen Dienstverweigerer, der seine Gegnerschaft gegen Kriege dadurch Ausdruck verlieh, dass er öffentlich seine militärische Registrationskarte verbrannte [55]. Der Court hielt dafür, dass die «nonspeech»-Elemente des Verhaltens des Beschwerdeführers vor der eigentlichen Äusserung dominierten, und dass das unbestreitbare Interesse des Staates, eine Armee zu halten und zu erneuern, die unbedeutende Einschrän-

[48] Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919), Frohwerk v. United States, 249 U.S. 204 (1919), Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919), Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919), Schaefer v. United States, 251 U.S. 466 (1920), Pierce v. United States, 252 U.S. 239 (1920).

[49] Dafür wurden amerikanische Staatsbürger deutscher und japanischer Abstammung, die sich angeblich nie von den Bindungen zu ihrem Heimatstaat gelöst hatten, aus den USA ausgewiesen.

[50] Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957), Beilan v. Board of Education, 357 U.S. 399 (1958); EMERSON, System, 56.

[51] Tinker v. Des Moines School District, 393 U.S. 503 (1969).

[52] Schacht v. United States, 398 U.S. 58 (1970).

[53] Schacht v. United States, 398 U.S. 63. Die entsprechende Bestimmung in 10 U.S.C. § 772 (f) hatte das Tragen von Uniformen ausserhalb der Dienstzeit u.a. nur zugelassen «while portraying a member of the Army, Navy, Air Force, or Marine Corps, an actor in a theatrical or motion-picture production may wear the uniform of that armed force if the portrayal does not tend to discredit that armed force». Justice Black führte aus, die Bestimmung «which leaves Americans free to praise the war in Vietnam but can send persons like Schacht to prison for opposing it, cannot survive in a country which has the First Amendment». Ibid. Ferner MEIKLEJOHN, Self-Government, 27f.

[54] Bond v. Floyd, 385 U.S. 116 (1966).

[55] United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

kung der zulässigen Protestformen wohl zu rechtfertigen vermöge. Das grundsätzliche Recht, die Armee zu kritisieren, wurde nicht in Frage gestellt. «O'Brien manifestly could have conveyed his message in many other ways than by burning his draft card», stellte Justice Harlan in seiner concurring opinion fest [56].

Die Frage, ob die Aufforderung zur Dienstverweigerung durch das First Amendment geschützt wird, hat der Supreme Court bisher noch nicht eindeutig beantwortet. Nach der allgemeinen Regel, wonach die verbale Anstiftung zu einer strafbaren Handlung keinen Grundrechtsschutz findet, müsste sie verneint werden. Dem entsprach offensichtlich die anfängliche Haltung des Gerichts, das in einem ersten Fall die Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils ablehnte, weil keine erheblichen verfassungsrechtlichen Probleme zu entscheiden seien [57], und in einem zweiten Fall mit Stimmengleichheit – und deshalb ohne Begründung – eine vorinstanzlich ausgesprochene Verurteilung bestätigte [58]. In einem neueren Entscheid ist der Supreme Court von dieser Auffassung abgewichen, indem er einen schwarzen Politiker, der öffentlich Aufrufe zur Dienstverweigerung unterstützt hatte, dem Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit unterstellte [59].

### *3. Kritik der Armee in der Schweiz*

In der Schweiz nehmen die Diskussionen über Zweck, Aufgaben, Kosten und Berechtigung der Armee naturgemäss einen breiten Raum ein, da jeder Bürger dienstpflichtig ist und sich deshalb mit militärischen Fragen befassen muss. Solche Diskussionen werden vom Staat nicht nur geduldet, sondern auch gefördert und gelenkt. Behördliche Beschränkungen sind selten, ausgenommen auf dem Gebiet der Dienstverweigerung und der Aufforderung dazu. Hier ist die Haltung des Staates sehr streng.

Die verfassungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu dieser Frage ist nicht ergiebig. Die meisten Fälle werden durch Militärgerichte beurteilt und sind damit der zivilgerichtlichen Überprüfung entzogen. Das Fehlen der bundesrechtlichen Normenkontrolle hat zur Folge, dass auch Urteile, die aufgrund des bürgerlichen Strafgesetzbuches ausgefällt werden, nicht auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung geprüft werden können. Für das

[56] Ibid., 389. Zustimmend D. Alfange, 17, ablehnend Emerson, System, 83: «The Supreme Court's decision in O'Brien is a serious setback for First Amendment theory.»

[57] Warren v. United States, 338 U.S. 947 (1950).

[58] Gara v. United States, 340 U.S. 857 (1950).

[59] Bond v. Floyd, 385 U.S. 116. Bond hatte unter anderem ein Manifest unterstützt, das ausführte: «We are in sympathy with, and support, the men in this country who are unwilling to respond to a military draft which would compel them to contribute their lives to United States aggression in Viet Nam in the name of ‚freedom' we find so false in this country ...»

Verfassungsgericht bleibt bloss die Behandlung von Beschwerden gegen kantonale Massnahmen, die zusätzlich zur strafrechtlichen Sanktion gegen Dienstverweigerer oder Anstifter zur Dienstverweigerung verhängt worden sind. Die neueste Rechtsprechung zeigt eine Tendenz des Bundesgerichtes, solche zusätzliche, indirekte Bestrafungen als mit der Verfassung vereinbar und keine Grundrechte verletzend zu sanktionieren [60].

Was die strafrechtliche Rechtsprechung angeht, beweisen die jüngsten Urteile, insbesondere der Entscheid i. S. «Roter Gallus» [61], dass der Kassationshof nicht gewillt ist, Art. 276 StGB, der die Aufforderung und Verleitung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten unter Strafe stellt [62], zurückhaltend und unter Berücksichtigung des Rechts auf freie Meinungsäusserung auszulegen und anzuwenden, obwohl die Verfassungsmässigkeit der Bestimmung fragwürdig erscheint [63]. Zu einer Zeit, da die Berechtigung der allgemeinen Dienstpflicht öffentlich diskutiert wird und die Stimmbürger aufgerufen sind, zur Einführung eines alternativen Zivildienstes Stellung zu nehmen, muss auch den armeefeindlichen Kreisen Gelegenheit geboten werden, ihre Argumente sogar mit einer gewissen Dringlichkeit darzutun. Dementsprechend ist die Strafbarkeit auf krasse Fälle zu beschränken, etwa auf die direkte Aufforderung zur Dienstverweigerung gegenüber Jünglingen, die sich zur Musterung stellen oder zur Rekrutenschule einrücken [64, 65].

## 3. Abschnitt: Freie Meinungsäusserung und öffentliche Sittlichkeit

### *1. Äusserungen, die nicht unter den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit fallen*

Im Zentrum der Meinungsäusserungsfreiheit steht die Verbreitung politischer Ideen und Kommentare; der Grundrechtsschutz ist aber nicht auf solche

[60] Vgl. die Urteile der staatsrechtlichen Kammer vom 17. Juni 1975 i. S. Froidevaux, BGE 101 Ia 172 ff., und vom 7. März 1973 i. S. Giordano.

[61] BGE *99* IV 92.

[62] Art. 276 Ziff. 1 StGB lautet: «Wer öffentlich zum Ungehorsam gegen militärische Befehle, zur Dienstverletzung, zur Dienstverweigerung oder zum Ausreissen auffordert, wer einen Dienstpflichtigen zu einer solchen Tat verleitet, wird mit Gefängnis bestraft.»

[63] PERRET, 83 f., MORANT, 26.

[64] Darunter würden beispielsweise die Handlungen der in Anm. 60 erwähnten Aargauer Lehrers Froidevaux fallen, der einrückende Rekruten auf die Sinnlosigkeit ihrer bevorstehenden Rekrutenschule hinwies und sie aufforderte, den Vorgesetzten den Gehorsam zu verweigern. Fraglich ist dagegen die Verfassungsmässigkeit der Verurteilung von Arthur Villard, der an einer Protestversammlung gegen den Besuch eines amerikanischen Generals in der Schweiz die Demonstranten aufforderte, keinen Militärdienst mehr zu leisten. Hier könnte man von einer erlaubten politischen Kampfrede sprechen.

[65] Über eine analoge Beschränkung der Strafbarkeit der Abtreibungsdelikte angesichts der Diskussionen um die Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs vgl. BGE *101* Ia 252.

Äusserungen beschränkt [66]. Er umfasst ein viel weiteres Feld; neben Informationen aller Art auch blosse Unterhaltung. Der Supreme Court hat ausdrücklich darauf verzichtet, hier eine Grenze zu ziehen:

«The line between the informing and the entertaining is too elusive for the protection of that basic right. What is one man's amusement, teaches another's doctrine [67].»

Der Rahmen zulässiger Äusserungen ist damit weit gezogen; dennoch stimmen in den USA und in der Schweiz Doktrin und Rechtsprechung überein, dass einige wenige, eng begrenzte Kategorien vom verfassungsrechtlichen Schutz ausgenommen sind. Selbst die liberalen Richter des Supreme Court anerkannten solche Ausnahmen. So führte Justice Murphy in Chaplinsky v. New Hampshire [68] für das einstimmige Gericht aus:

«There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and the obscene, the profane, the libelous, and the insulting of ‚fighting' words – those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality [69].»

Die in diesem Urteil genannten «fighting words», eine Kategorie, die in der Schweiz als kantonaler Übertretungstatbestand unter Strafe gestellt werden kann [70], haben als Ausnahmetatbestand in den letzten Jahren an Bedeutung erheblich eingebüsst. Der Supreme Court hat klar gemacht, dass nicht jedes unanständige Wort unter Strafe gestellt werden darf, sondern nur ein Ausdruck, der den Adressaten zu tätlicher Reaktion geradezu herausfordert [71].

Ehrverletzungen fallen ebenfalls nicht unter den Schutz der Rede- oder Pressefreiheit. In der Schweiz sind ehrverletzende Äusserungen in Art. 173 ff. StGB unter Strafe gestellt, während in den USA die Einzelstaaten die entsprechenden Strafbestimmungen erlassen. Auch auf diesem Gebiet hat der Supreme Court seit einiger Zeit begonnen, die Strafbarkeit zu beschränken, jedenfalls was Ehrverletzungen gegenüber Personen betrifft, die im öffentlichen Leben stehen. Hatte in früheren Zeiten harte Kritik an Magistraten als Regierungsbe-

[66] Nur A. MEIKLEJOHN wollte den First Amendment-Schutz auf politische Äusserungen beschränken.

[67] Winters v. New York, 333 U.S. 507, 510 (1948). Vgl. auch Cohen v. California, 403 U.S. 15, 25 (1971): «It is ... often true that one man's vulgarity is another's lyric.»

[68] 315 U.S. 568 (1942).

[69] Ibid., 571 f. Vgl. dazu KAUPER, 67, DOUGLAS, Right of the People, 36, derselbe, Anatomy of Liberty, 8.

[70] Vgl. beispielsweise Art. 15 des bernischen Einführungsgesetzes zum StGB, ferner Art. 177 StGB.

[71] Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518, 524 (1972), Cohen v. California, 403 U.S. 15, 20 (1971).

leidigung gegolten, die mit schweren Strafen geahndet wurde [72], so leitete das Urteil New York Times v. Sullivan aus dem Jahre 1964 [73] eine Rechtsprechung ein [74], die Kritik an Personen, welche in der Öffentlichkeit wirken, grundsätzlich straffrei lässt. Nach amerikanischer Auffassung müssen Politiker und hohe Beamte selbst unfaire Angriffe ertragen können. Von der Straffreiheit sind nur ausgenommen Fälle, in denen sich erweist, «that the statement was made with ‚actual malice' – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not» [75]. Dabei trägt der Betroffene die Beweislast, im Gegensatz zu der in Art. 173 Ziff. 2 StGB gewählten Lösung. Der gleiche Schutz gilt seit dem Urteil Rosenbloom v. Metromedia [76] nicht mehr nur für Äusserungen über im öffentlichen Dienst stehende Persönlichkeiten, sondern auch für Aussagen und Berichte über «public figures» schlechthin, über Personen also, die aus irgend einem Grund – freiwillig oder nicht – zu Helden der Zeitgeschichte geworden sind [77]. Nur noch Privatpersonen haben Aussicht, dass ihre Ehrverletzungsklagen gutgeheissen werden [78]. Damit hat der Supreme Court eine Freiheit geschaffen, die weit über die Grundsätze und Richtlinien verantwortungsbewusster Zeitungen hinausgeht [79].

### *2. Das Verbot unzüchtiger Veröffentlichungen*

#### a) Allgemeines

In den USA wie in der Schweiz herrscht übereinstimmend die traditionelle [80] Auffassung, dass unzüchtige Äusserungen sowie die Herstellung und Verbreitung unzüchtiger Gegenstände wie Bücher, Bilder oder Filme nicht unter die Meinungsäusserungsfreiheit fallen [81]. Man befürchtet, solche Äusserungen und Darstellungen könnten einen ungünstigen Einfluss auf Moral und Sitten ausüben, zu gesetzwidrigem Verhalten anregen und eine schockierende oder verrohende Wirkung auf die Psyche haben [82], obwohl allgemein zugegeben wird, dass über die tatsächlichen Auswirkungen angeblich unzüchtiger Veröffentli-

[72] Kalven, The Negro, 15. Ein Überblick über die amerikanischen Laws of Sedition findet sich bei Chafee, Free Speech, 497 ff.

[73] 376 U.S. 254.

[74] Vgl. Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964), Rosenblatt v. Baer, 383 U.S. 75 (1966), Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130 (1967).

[75] 376 U.S. 279 f.

[76] 403 U.S. 29 (1971).

[77] Vgl. Time, Inc. v. Hill, 385 U.S. 374 (1967); P.B. Kurland, 71.

[78] Zur Unterscheidung zwischen «public figures» und Privatpersonen vgl. Nimmer, 954 f., ferner Justice Goldberg, conc., im New York Times-Case, 376 U.S. 301.

[79] J. MacKenzie, 303.

[80] Bok, 11 f., legt dar, dass der Begriff der «obscenity» in England 1727 im Common Law Eingang fand. Ferner Henkin, Sin of Obscenity, 391 ff.

[81] Vgl. Art. 204 StGB.

[82] Emerson, General Theory, 89, Lockhard/McClure, Law of Obscenity, 329 ff.

chungen noch wenig bekannt ist[83]. Nicht die gesetzlichen Grundlagen für die Einschränkung der freien Meinungsäusserung auf diesem Gebiet bereiten Schwierigkeiten, sondern eine überzeugende Umschreibung dessen, was als unzüchtig zu gelten hat, ist schwierig. Der unbestimmte Rechtsbegriff, dessen Bedeutung sich entsprechend den gesellschaftlichen und sozialen Wandlungen im Laufe der Zeit ändert, ist bislang von den Verfassungs- oder Strafgerichten nicht mit einem überzeugenden und bestimmten Rechtsgehalt gefüllt worden, wiewohl es, vor allem in den USA, nicht an Versuchen gefehlt hat.

b) Die Haltung des Bundesgerichtes

Das Bundesgericht bemerkte bereits in einem Urteil aus dem Jahre 1927 nach ausgedehnten Hinweisen auf die Lehre, dass der Begriff der Unzüchtigkeit relativ und komplex sei[84]. Als wesentliche Elemente nannte es den Gegenstand der Veröffentlichung, die Art der Behandlung, das Ziel und die Wirkungen[85]. Nach der neuen Rechtsprechung des Kassationshofes gilt als unzüchtig ein Gegenstand, wenn er in nicht leicht zu nehmender Weise gegen das Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlichen Dingen verstösst, wobei auf den Gesamteindruck abgestellt wird, den das Werk beim «normal empfindenden» Bürger erweckt, «der weder besonders empfindsam noch sittlich verdorben ist»[86]. Das Bundesgericht räumt ein, dass in der jüngsten Vergangenheit sich die Anschauungen über Moral und Sitte grundlegend gewandelt haben, und dass sich die Empfindlichkeit dieses von ihm herangezogenen «Durchschnittsbürgers» vermindert hat. Dennoch will der Kassationshof nicht nur die eigentliche Pornographie, die nicht weiter definiert wird, unter Strafe stellen, sondern auch die Darstellung geschlechtlicher Vorgänge, wenn sie «eindeutig den von der überwiegenden Mehrheit des Volkes getragenen sittlichen Vorstellungen zuwiderläuft und somit als Störung oder Belästigung der sozialen Ordnung angesehen werden muss[87].» Immerhin versucht das Bundesgericht dem Umstand Rechnung zu tragen, ob die beanstandete Veröffentlichung ein Kunstwerk darstellt oder nicht.

[83] MAGRATH, 48 ff.

[84] BGE *53* I 239.

[85] Das Bundesgericht schuf folgende Definition: «Il faut que la publication soit objectivement, par son sujet et la façon dont il est traité, de nature à blesser la pudeur sexuelle, que son but soit essentiellement d'exciter les passions sexuelles, qu'elle ne se propose donc pas des fins scientifiques ou artistiques, et que par le mode de diffusion et les personnes atteintes elle risque d'exercer une action corruptrice sur les mœurs. Il faut en outre que le délinquant se rende compte de l'effet qui sera ou pourra être produit.» *53* I 239 f.

[86] BGE *96* IV 69.

[87] BGE 96 IV 70 f.

c) Die Rechtsprechung des Supreme Court

Erstaunlich spät hatte sich der Supreme Court mit der Frage zu befassen, welche Äusserungen als unzüchtig unter Strafe gestellt werden dürfen. Erst im Jahre 1957[88], im Urteil Roth v. United States[89], war das Gericht aufgerufen, über die Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes zu befinden, das den Postversand solcher Gegenstände unter Strafe stellte, die als «obscene, lewd, lascivious, or filthy» bezeichnet wurden. Justice Brennan, der in der Folge die Rechtsprechung auf diesem Gebiet prägen sollte, stellte die Regel auf, wonach in jedem Falle zu prüfen sei, «whether to the average person, applying contemporary community standards, the dominant theme of the material taken as a whole appeals to prurient interest»[90]; eine Regel, die sich nicht wesentlich von der vom Bundesgericht verwendeten unterschied. In den Urteilen Jacobellis v. Ohio[91] und «Fanny Hill»[92] aus dem Jahre 1966 verschärfte Justice Brennan den Unzüchtigkeits-Test aus dem Roth-Case und erweiterte den Kreis geschützter Äusserungen. Nur noch Darstellungen, die lüsterne Interessen zu befriedigen bestimmt, als offensichtlich anstössig einzustufen und ohne jeglichen sozialen Wert seien, sollten als unzüchtig verboten und unter Strafe gestellt werden dürfen[93]. Entscheidend müssten nicht lokale, sondern nationale Massstäbe sein. Der «Fanny Hill»-Case und zwei gleichzeitig entschiedene Fälle[94] zeigten indessen, wie weit die Meinungen der einzelnen Richter auseinanderklafften, wurden doch in den drei Urteilen nicht weniger als vierzehn opinions verfasst, deren Spannweite von einer vorsichtigen Ablehnung auch nur leicht anrüchiger Veröffentlichungen durch Justice White bis zur kategorischen Feststellung von Justice Black und Douglas reichte, wonach «the First Amendment does not permit the censorship of expression not brigaded with illegal action»[95]. Einigkeit herrschte nur bezüglich untergeordneter Probleme; so wurde durchwegs anerkannt, dass die für Jugendliche geltenden Massstäbe nicht auf

[88] Für eine Zusammenstellung einzelstaatlicher Entscheide vor 1957 vgl. LOCKHARD/MCCLURE, Law of Obscenity, 324ff.

[89] 354 U.S. 476, zusammen mit Alberts v. California.

[90] Ibid., 489

[91] 378 U.S. 184 (1964).

[92] A Book Named «John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure» v. Attorney General of Massachusetts, 383 U.S. 413.

[93] «Three elements must coalesce: it must be established that (a) the dominant theme of the material taken as a whole appeals to a prurient interest in sex; (b) the material is patently offensive because it affronts contemporary community standards relating to the description or representation of sexual matters, and (c) the material is utterly without redeeming social value.» Ibid.

[94] Ginzburg v. United States, 383 U.S. 463, und Mishkin v. New York, 383 U.S. 502 (beide 1966).

[95] 383 U.S. 426.

«The Courts has turned the law of obscenity into a constitutional disaster area», bemerkt MAGRATH, 59, zu der konturarmen Rechtsprechung des Supreme Court.

Erwachsene übertragen werden dürften [96], und dass der bloss private Besitz unzüchtigen Materials straffrei bleiben müsse [97]. In den letzten Jahren hat die neue, konservative Mehrheit unter Führung von Chief Justice Burger in mehreren Entscheiden mit teilweisem Erfolg versucht, die seit dem «Fanny Hill»-Urteil herrschende weitgehende Freiheit und Toleranz gegenüber Äusserungen sexuellen Inhalts einzuschränken [98]. In Miller v. California wandelte der Court den vorher geltenden Test dahingehend ab, dass der unzüchtige Charakter einer Veröffentlichung nach örtlichen anstatt nationalen Massstäben bestimmt werden müsse, und dass zum mindesten «prurient, patently offensive depiction or description of sexual conduct must have serious literary, artistic, political, or scientific value to merit First Amendment protection» [99]. Bereits im folgenden Jahre jedoch musste die Mehrheit zugeben, dass das sittliche Empfinden der lokalen oder einzelstaatlichen Behörden und Kommissionen nicht endgültig bestimmend sein könne; das letzte Wort müsse in jedem Fall dem Supreme Court vorbehalten bleiben [100].

d) Kritik

Allen Definitionsversuchen ist die gleiche Schwäche eigen: Sie versuchen, den Begriff der Unzüchtigkeit tautologisch zu erklären, womit für die Umschreibung der verpönten Äusserungsformen nichts gewonnen ist [101]. Immerhin wird aus den zahlreichen neueren Urteilen des Supreme Court die Tendenz deutlich, anders als in der Schweiz [102] nur noch «hard-core pornography» unter Strafe zu stellen, was von der amerikanischen Lehre begrüsst worden ist [103]. Doch auch dieser Begriff entzieht sich allgemeiner Umschreibung, wie Justice Stewart im Jacobellis-Urteil mit geradezu entwaffnender Unbeholfenheit einräumte:

«(U)nder the First and Fourteenth Amendments criminal laws in this area are constitutionally limited to hard-core pornography. I shall not attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description: and

[96] Butler v. Michigan, 352 U.S. 380 (1957), Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968): SHAPIRO, Obscenity Law, 515.

[97] Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969). Für einen Vergleich zwischen Stanley und Roth vgl. A. KATZ, 210 f., fernerr SHAPIRO, Obscenity Law, 516.

[98] Miller v. California, 413 U.S. 15, Paris Adult Theatre I v. Slaton, 413 U.S. 49 (beide 1973), Jenkins v. Georgia, 418 U.S. 153 (1974).

[99] 413 U.S. 26

[100] 418 U.S 160 f.

[101] KALVEN, Law of Obscenity, 15, LOCKHARD/MCCLURE, Law of Obscenity, 320 ff., DOUGLAS, Right of the People, 61.

[102] Vgl. oben S. 158.

[103] KALVEN, Law of Obscenity, 43, LOCKHARD/MCCLURE, Censorship, 26, MAGRATH, 71 ff., SHAPIRO, Obscenity Law, 515 f.

perhaps I could never succeed in intelligibly doing it. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that [104].»

Das Problem, eine Definition zu finden, wird sich weiterhin stellen, denn die allgemeine Auffassung – der viel zitierte Durchschnittsbürger - verlangt auch heute noch die Eindämmung unzüchtiger Veröffentlichungen, obschon eine entsprechende Gesetzgebung auf den Geschmack eines Volkes keinen Einfluss auszuüben vermag [105]. Die Verfassungsgerichte werden deshalb immer wieder aufgerufen sein, eine gangbare Lösung zu finden. Sie und nicht gliedstaatliche Behörden oder Verwaltungsstellen sind berufen, dem Begriff den richtigen Inhalt zu geben, selbst wenn die Aufgabe mühsam, undankbar und nie vollendet ist [106]. Den heutigen liberalen Tendenzen entsprechend dürfte es sich empfehlen, die Strafbarkeit auf die unkünstlerische Darstellung krankhaft-abartiger Sexualpraktiken zu beschränken, wobei auf medizinische Begriffe und Wertungen abzustellen wäre.

[104] 378 U.S. 184, 197 (1964). Vgl. die Kritik von MAGRATH, 19: «Unfortunately, this ultrapragmatic ‚approach' cannot assist book publishers and distributors, theater managers, and trial judges who do not ‚know it' when they ‚see it' – or who ‚see it' differently.»

[105] HENKIN, Sin of Obscenity, 401, KRISLOV, From Ginzburg to Ginsberg, 188f., MAGRATH, 57f., KAUPER, 89, KONVITZ, Expanding Liberties, 235.

[106] KONVITZ, Expanding Liberties, 236.

Die «preferred freedoms»-Doktrin ist als Auslegungshilfe zur Bestimmung des Inhalts und des Umfangs der im First Amendment enthaltenen ideellen Grundrechte geschaffen worden. Sie betont die Höherwertigkeit dieser Grundrechte gegenüber den wirtschaftlichen Freiheitsrechten und ruft die Gerichte auf, jenen Rechten besondere Beachtung zu schenken. Zusammen mit dem «clear and present danger»-Test hat die Doktrin die Rechtsprechung des Supreme Court während der vierziger Jahre geprägt, während sie seither keine Mehrheit mehr gefunden hat. Die ihr zugrunde liegenden Gedanken sind aber keineswegs vergessen oder überwunden; der besondere Schutz geistiger Freiheit durch die Verfassungsgerichte und die Rücksichtnahme auf diese Interessen bei der Rechtsetzung scheinen weitgehend gesichert. Bedenklich stimmt indessen die Tendenz des gegenwärtigen, konservativen Supreme Court, die Einheit der Rechtsprechung und den umfassenden Schutz der ideellen Grundrechte dadurch aufs Spiel zu setzen, dass den Einzelstaaten wiederum ein grösseres Ermessen eingeräumt wird.

In der Schweiz ist die Entwicklung noch weniger weit gediehen. Es rechtfertigt sich im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht, von einer «preferred position» der ideellen Grundrechte zu sprechen. Immerhin ist die Bedeutung des freien Meinungsaustausches für die Demokratie und die Notwendigkeit umfassender geistiger Freiheit als Gegengewicht zur wachsenden wirtschaftlichen Abhängigkeit erkannt worden. Einzelne Urteile haben bereits eine bevorzugte Stellung für die Meinungsäusserungsfreiheit angetönt, und es ist zu hoffen, dass das Bundesgericht sich für eine stärkere personale Ausrichtung der Grundrechte einsetzen wird. Gerade die Bedrängung der Presse und die Arbeiten zur Totalrevision der Bundesverfassung könnten sich befruchtend auf den Schutz geistiger Freiheit und der Grundrechte überhaupt auswirken.

# Summary

The present study examines the position the Supreme Court of the United States of America has accorded to the freedoms contained in the First Amendment to the Federal Constitution. In the late 1930s and the 1940s the majority of the Court developed the concept of a «preferred position» of those freedoms. According to this concept freedom of expression is most vital to the democratic society, therefore there should be more exacting judicial scrutiny of First Amendment freedoms than of property rights. The study compares the Supreme Court's philosophy with the views the Swiss Federal Supreme Court has enounced on the subject thus allowing to find parallels and differences between the anglo-saxon and the continental legal systems.

The first chapter inquires how far freedom of expression and its corollary freedoms are guaranteed in the U.S. and Swiss Federal Constitutions. The catalogues are not exhaustive yet the constitutional basis for an efficient protection exists in both countries, there being only a few explicit limitations in the constitutional charters.

The rights of the individual as guaranteed in the Federal Constitution were initially directed solely against the state, more precisely – as was said in Barron v. Baltimore – only against limitation enacted by the Federal Government. After the introduction of the Fourteenth Amendment in 1866 only it became possible to applicate to the States various legal standards of the Bill of Rights applying to the Federal Government, but many decades passed before the Court made use of this competence. Even today not all of the freedoms contained in the Bill of Rights of 1789 are protected against State limitations by the Federal Constitution. On the other hand, the concept of «State Action» has been extended to the activities of private associations and individuals if to some degree they assume government functions.

The second chapter describes the interpretation of the First Amendment's content by the U.S. Supreme Court. Protection of the First Amendment freedoms depends to a large extent on whether the Court's majority adheres to judicial activism or belongs to the advocates of judicial restraint. Moreover it is important which Justice writes the judgment of the Court. The clear and present danger test, as created by Justices Holmes and Brandeis, as well as Justice Black's absolutist approach are examples of the activist position, whereas Justice Frankfurter's ad hoc balancing formula proves a more restrictive philosophy.

The third chapter takes a close look at the preferred freedoms theory which is based on the belief that First Amendment freedoms should be given far-

reaching protection because of the vital role freedom of expression plays in a democratic society. It is mainly up to the judicial branch of government to provide for this protection, the political branches of government being of little help. The theory has been developed in the 1930s by Justice Stone and has become predominant in deciding cases involving First Amendment freedoms. It is closely related to the clear and present danger test, on the other hand incompatible with ad hoc balancing. The preferred freedoms theory contains several elements, among them the absence of a presumption of constitutionality where legislation touches upon First Amendment rights, the rule of strict construction in legislation, the prohibition of prior restraint, the easing of the formalistic standing requirements and the clearing of other procedural barriers. Differences there are between the several freedoms guaranteed by the First Amendment but none of them is given a higher place than the others – in Justice Rutledge's words, «they have unity in the charter's prime place because they have unity in their human sources and functionings». For more than twenty years the Supreme Court has not applied the preferred freedoms theory as such any more. It is however, whether known by this or some other name, a fact of American constitutional law.

The following chapter investigates if there exist similar developments in Switzerland. Until a few years ago the Swiss Supreme Court did not seem inclined to recognize a primacy to freedom of expression, the economic and property rights were higher esteemed. Today however there are some encouraging signs for a broader protection of First Amendment values in the future. In fact, in two recent judgments the Court has emphasized the vital role of freedom of expression for a democratic society and exacted a special treatment by the authorities. Whether these expectations are going to be fulfilled remains to be seen.

In its final chapter the study proceeds to a direct comparison of the protection freedom of expression is accorded in the United States and in Switzerland in various specific situations. Are compared the use of privately owned property for First Amendment purposes, the tolerance of statements against war and draft, the right of newsmen to withhold their sources and the struggle of the courts to define obscenity.